

XIX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE)

Madrid, 24 y 25 de marzo de 2022.

Ponencia Mesa 1: Órganos constitucionales en tiempos de pandemia.

LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES ANTE LA EXCEPCIÓN SANITARIA DE LA COVID-19.

Carlos Garrido López
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

Sumario:

1. Las formas de enfrentar la excepción de la COVID-19: el caso de España y la curiosidad del jurista persa.
2. El estado de alarma en la Constitución y la LOAES. Su primera declaración en 2010.
3. El papel del Gobierno y del Congreso de los Diputados en las declaraciones y prórrogas del estado de alarma. La competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobre las decisiones de excepción.
4. Las principales decisiones de excepción del Gobierno y del Congreso de los Diputados durante la emergencia de la COVID-19.
 - 4.1. La opción gubernamental y parlamentaria por el estado de alarma y la polémica sobre las medidas restrictivas de derechos fundamentales.
 - 4.2. Del mando único durante el primer estado a la delegación de autoridad en los presidentes de las CCAA y las ciudades con estatuto de autonomía en el segundo estado de alarma de ámbito nacional.
5. El Tribunal Constitucional y su interpretación del derecho de excepción.
 - 5.1. La declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma en la STC 148/2021, de 14 de julio: equiparación entre restricción “intensa” y suspensión de derechos fundamentales e interpretación “evolutiva” de los estados de alarma y de excepción.
 - 5.2. La STC 183/2021, de 27 de octubre: la declaración de inconstitucionalidad de la prórroga y de la delegación de autoridad en los presidentes de las CCAA y ciudades autónomas durante el segundo estado de alarma de ámbito nacional, o cómo salvar al Congreso de los Diputados de sí mismo.
6. Balance y reflexiones finales.

1. Las formas de enfrentar la excepción de la COVID-19. El caso de España y la curiosidad del jurista persa.

La emergencia de salud pública provocada por la COVID-19 ha puesto en evidencia a escala global los dilemas que suscita la excepción fruto de la tensión existente entre el principio de necesidad, que no conoce reglas, y el derecho de excepción, que las impone. Unos dilemas sobre los medios y los fines que se plantean en cualquier Estado de Derecho cuando irrumpe la excepción y cuando la salvaguarda de bienes esenciales, como la vida y la salud pública, conlleva el sacrificio de otros derechos y garantías jurídicas.

En el Reino Unido, donde la excepción se enfrenta mediante habilitaciones *ad hoc*, la Alta Corte de Justicia no dudó en afirmar en respuesta a esos dilemas que, si

bien “*the freedom is an important one in a democratic society. The context in which the restrictions were imposed, however, was of a global pandemic where a novel, highly infectious disease capable of causing death was spreading and was transmissible between humans. There was no known cure and no vaccine. [...] In those, possible unique, circumstances, there is no realistic prospect that a court would find that regulations adopted to reduce the opportunity for transmission by limiting contact between individuals was disproportionate. Permission to apply for judicial review on that ground is refused*”¹. Ningún reproche se formuló, por ello, a la elusión del marco normativo previsto en la *Civil Contingencies Act* de 2004. Y se validó la promulgación de medidas limitativas de derechos mediante *regulations* del ministro de Salud y Seguridad Social sustentadas en la *Public Health (Control of Disease) Act* de 1984.

En Suiza, donde impera el principio de necesidad, la crisis se abordó mediante ordenanzas y decretos de emergencia sin autorización o convalidación parlamentaria y sin control judicial. En otros países europeos que carecen de regulación de la excepción, se utilizaron diversas vías extraconstitucionales. En Bélgica, las principales medidas restrictivas fueron adoptadas por el ministro del Interior mediante *arrêts* dictados sobre la dudosa base de las leyes de protección civil, seguridad civil y policía. Y en Italia, los decretos-leyes habilitaron el marco normativo que permitió al presidente del Consejo de Ministros adoptar limitaciones de derechos fundamentales mediante simples decretos, a los que se sumaron las ordenanzas del ministro de Sanidad, de los presidentes regionales y de los alcaldes sin que la *Corte costituzionale* lo desautorizara.

Otros Estados europeos sí disponían de regulaciones de excepción, pero o no eran aplicables o las medidas que habilitan resultaban inadecuadas, por lo que enfrentaron los efectos de la COVID mediante reformas urgentes de su legislación sanitaria. Fue el caso de Irlanda, Grecia y Austria. También el de Alemania, donde se reformó la ley de enfermedades infecciosas creando una nueva “situación epidémica de importancia nacional” que, una vez declarada, autorizó a los *Länder* a adoptar medidas restrictivas de derechos y permitió al ministro federal de Salud emitir órdenes en materia de competencia estatal sin intervención del *Bundesrat*, lo que ha sido validado por el Tribunal Constitucional Federal. Países Bajos, Polonia, Croacia, Eslovenia, Lituania y Malta también recurrieron a fórmulas *ad hoc*, pero no por la inadecuación de sus estados excepcionales, sino para eludir su utilización, sus límites y sus controles parlamentarios. En Croacia, la restricción de derechos mediante el estado de emergencia exigía el concurso de una mayoría de 2/3 de los miembros del Parlamento. Y, para sortearla, se optó por enfrentar la COVID con la legislación ordinaria, normalizando la excepción con el deferente aval de su Tribunal Constitucional. En Países Bajos, el Gobierno utilizó la ley de poderes extraordinarios de la autoridad civil para restringir derechos, pero sin la declaración previa del estado de emergencia, que es su presupuesto lógico, un exceso que el Tribunal de Apelación de la Haya no desautorizó.

A diferencia de los anteriores, España y otros nueve países de la UE (Portugal, Finlandia, Estonia, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Rumanía) prefirieron activar el modelo de estados excepcionales que tienen constitucionalizado y declararon su estado de menor intensidad². En este modelo, se concentra el poder y se restringen

¹ *Dolan & Ors v Secretary of State for Health and Social Care & Anor* [2020] EWHC 1786 (Admin), 117, disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2020/1786.html>.

² Francia no utilizó los estados de que disponía, inadecuados para enfrentar la pandemia, pero creó mediante ley un nuevo estado excepcional con similares garantías, confiando, al igual que los países citados, en las fortalezas del derecho de excepción. Un análisis por países en Diaz Crego, M. y Kotanidis,

derechos, pero taxativamente, y conforme a este plan normativo se enfrentan las emergencias. El problema es que la gravedad y la singular naturaleza de la COVID-19 exigieron la adopción de medidas extraordinarias de dudoso encaje en sus estados, lo que tensionó su marco constitucional. Con todo, el modelo cumplió su función garantista. En los países citados, el Parlamento avaló las declaraciones o autorizó sus prórrogas. Se mantuvieron el control político y los controles jurisdiccionales ordinarios. Y la justicia constitucional ha podido revisar las principales decisiones excepcionales. En la mayoría de los casos, la interpretación conforme salvó su constitucionalidad. En otros, se han desautorizado algunas medidas. En Francia, se declararon inconstitucionales dos disposiciones de la Ley nº 2020-546 de prórroga del primer estado de emergencia; en Rumanía, la ordenanza que modificó el régimen sancionador; y en República Checa, la declaración de un tercer estado eludiendo la prórroga parlamentaria del anterior. En España, sin embargo, la justicia constitucional ha desautorizado *todas* las decisiones de los titulares del poder de excepción: la primera declaración del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas, declaradas inconstitucionales por suspender derechos, la declaración y la prórroga del segundo estado de alarma de ámbito nacional, inconstitucionales por debilitar el control parlamentario, y hasta la decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados que suspendió los plazos administrativos durante tres semanas, por vulnerar el derecho de participación política.

Esta completa desautorización contrasta con la deferencia y la autocontención del resto de tribunales constitucionales. Y sin duda suscitara la curiosidad de aquel jurista persa que nos visitó en 1981 de la mano de Cruz Villalón³; un jurista que, de regresar a nuestro país, se preguntaría qué se ha podido hacer tan mal para que el Gobierno y el Congreso de los Diputados hayan sido tan dura y reiteradamente deslegitimados. De entrada, constataría que España no huyó de su modelo de excepción mediante la aprobación de dudosas leyes *ad hoc*, sino que activó el estado legalmente reservado para este tipo de emergencias. Advertiría que algunas medidas adoptadas excedieron su marco de habilitación legal, pero fueron reiteradamente avaladas por el Legislativo, incluso por los diputados que después las recurrieron. Advertiría, asimismo, que dichas medidas no eran desproporcionadas ni irrazonables, como el Tribunal Constitucional (TC) admitió. Y que las declaraciones y prórrogas del estado de alarma no son meros reglamentos, sino decisiones con fuerza y valor de ley directamente infraordenadas a la Constitución (CE), razón por la cual pueden excepcionar o suspender *pro tempore* la aplicación de ciertas leyes y disposiciones con rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10). Nuestro jurista advertiría que las nociones de limitación y suspensión de derechos son conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación conlleva un alto grado de subjetividad. Y que corresponde al Congreso de los Diputados –y sólo a él–

S., *States of emergency in response to the coronavirus crisis. Normative response and parliamentary oversight in the EU Member States during the first wave of the pandemic*, EPRS, European Parliament, Strasbourg, 2020. También, Díaz Crego, M.^a, «Uso (y abuso?) del derecho de excepción en los estados miembros de la Unión Europea durante la pandemia», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 48, 2021, pp. 399-425. Sobre la “huida” del modelo de estados excepcionales en varios países europeos, Vedaschi, A., «Il Covid-19, l’ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato», en: *DPCE Online*, vol. 43, n.º 2, 2020, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/issue/view/43>, y Garrido López, C., «Estado de Derecho y modelos comparados de excepción: un balance tras el stress test de la COVID-19», en Tudela Aranda, J. (coord.), *Parlamento y calidad democrática en la era post-COVID*, Marcial Pons, Madrid, 2022 (en prensa).

³ Cruz Villalón, P., «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 4, 1981, pp. 53-63.

establecer el alcance y las condiciones vigentes durante las prórrogas, sin que la CE o la Ley le exijan razonamientos especiales para hacerlo.

Advertido todo ello, ese jurista se preguntará por las razones que llevaron al Gobierno a asumir el mando único durante el primer estado de alarma y solicitar su prórroga cada quince días, en tanto que, en el segundo, delegó su autoridad en los presidentes de las CCAA y ciudades autónomas y recabó su prórroga por seis meses. A la vista de las SSTC 148/2021 y 183/2021, se preguntará cuánto de “intensa” debe ser una restricción para considerarse suspensión de derechos; cuándo una emergencia natural deja de ser causa del estado de alarma, para serlo del estado de excepción, y si es posible o no, en un Estado tan descentralizado como el español, habilitar a las CCAA para modular, flexibilizar o suspender las medidas limitativas de derechos adaptándolas a las circunstancias. Se preguntará también cómo pudo el Congreso vulnerar el derecho de participación de los diputados si hubo rendición de cuentas y reiteradas prórrogas parlamentarias y porqué quedó privado, durante el segundo estado, de su potestad de control, si el Gobierno siguió siendo la autoridad responsable ante la Cámara. Y llamará su atención, especialmente, el escaso *self-restraint* del TC, sus tardíos pronunciamientos y su cambiante interpretación del derecho de excepción, “evolutiva” e integradora en su primera sentencia de inconstitucionalidad, y literal en su segunda.

En este trabajo, pretendo ofrecerle una valoración de estas cuestiones, de las principales decisiones que adoptaron los órganos constitucionales y de sus consecuencias. A tal efecto, analizaré en primer lugar la funcionalidad que el constituyente y el legislador quisieron atribuir al estado de alarma y los dilemas que ya evidenció su declaración en 2010. Expondré, en segundo término, el papel asignado al Gobierno, al Congreso de los Diputados y al TC en nuestro derecho de excepción. Y, seguidamente, abordaré los distintos modelos de gestión de la emergencia adoptados por el Gobierno y el Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma, centralizado primero, descentralizado después; la naturaleza de las diversas medidas restrictivas de derechos; y el cuestionado papel del Congreso de los Diputados. Finalmente, analizaré la interpretación del derecho constitucional de excepción realizada en las SSTC 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre, en las que el TC ha declarado inconstitucionales los principales preceptos de los decretos de declaración y de prórroga de ambos estados de alarma.

2. El estado de alarma en la Constitución y en la LOAES. Su primera declaración en 2010.

El modelo de estados excepcionales representa el máximo esfuerzo del Estado de Derecho por racionalizar la excepción mediante la previsión de una legalidad alternativa que tipifica las emergencias y determina los órganos competentes y las medidas a adoptar. La CE acogió este modelo constitucionalizando los estados de alarma, excepción y sitio. El artículo 55.1 CE concretó los derechos y libertades cuyo ejercicio sólo puede ser suspendido bajo los estados de excepción y sitio. El artículo 116 CE reguló la competencia y los procedimientos de declaración de los tres estados, precisó algunos límites temporales y proclamó la indisolubilidad de las Cámaras bajo su vigencia, así como, entre otras garantías, la intangibilidad del principio de responsabilidad de los poderes públicos. Pero no determinó los supuestos habilitadores de los estados, ni precisó las medidas extraordinarias. Esas tareas se encomendaron al legislador, quien tuvo que elegir entre configurar los estados como instrumentos

cualitativamente distintos o como grados de intensidad variable ante las mismas emergencias.

Siguiendo el precedente de las leyes de orden público, el informe de la Ponencia constitucional se pronunció a favor de recoger “las tres situaciones excepcionales clásicas para graduar la mayor o menos intensidad de aquéllas”⁴. Y partidarios de la concepción gradual se mostraron también varios portavoces centristas en los debates constituyentes celebrados en el Congreso de los Diputados, como fue el caso, singularmente, del diputado Cisneros Laborda en la Comisión de Asuntos Constitucionales⁵, pero, ante el rechazo de los grupos de la izquierda parlamentaria, la naturaleza de los estados quedó indefinida. Un año después, el artículo 20 del proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana –convertido más tarde en proyecto de ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio- pretendió configurar el estado de alarma como un instrumento neutro para enfrentar emergencias naturales y sanitarias, pero también como un primer estadio frente a crisis sociales y “alteraciones del orden público o de la seguridad ciudadana”. Y, acorde con ello, el artículo 28 concibió el estado de excepción como un estadio ulterior en las crisis de orden público, cuando el estado de alarma fuera insuficiente para restablecerlo⁶. La tramitación parlamentaria del proyecto alteró, sin embargo, este diseño. La Ponencia suprimió toda referencia al orden público entre los supuestos del estado de alarma y configuró el estado de excepción como una emergencia específica de naturaleza política que cabe declarar sin previa alarma. Y el Pleno de Congreso de los Diputados aprobó lo que sería la redacción definitiva de la LOAES, en la que consagró una lectura de los estados de alarma y de excepción como instrumentos distintos para emergencias sustancialmente distintas. El estado de alarma se reservó para afrontar catástrofes o calamidades naturales, crisis sanitarias, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad y supuestos de paralización de servicios públicos esenciales en los que no se garanticen los servicios mínimos y concurra al tiempo otra de las emergencias citadas (art. 4 LOAES). Y el estado de excepción, para hacer frente a alteraciones graves del orden público que impidan el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el mantenimiento de los servicios públicos esenciales o cualquier otro aspecto del orden público (art. 13 LOAES). Un estado, por tanto, de distinta naturaleza, bajo el que cabe suspender derechos fundamentales y cuya declaración –a diferencia de la del estado de alarma, que corresponde al Gobierno- requiere autorización del Congreso de los Diputados⁷.

Durante décadas, ningún estado excepcional fue declarado. En diciembre de 2010, sin embargo, el boicot del servicio público esencial del transporte aéreo por sus propios controladores evidenció la utilidad del derecho de excepción; un derecho que debe ser activado cuando la gravedad de la emergencia lo requiere y que se justifica por la intensidad de las medidas a aplicar, que van más allá de las que las leyes ordinarias permiten adoptar⁸. Tras el abandono de los controladores de sus puestos de trabajo, el

⁴ *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 82, 17 de abril de 1978, p. 1574.

⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD)*, Comisión de Asuntos Constitucionales, n.º 84, 8 de junio de 1978, p. 3075.

⁶ *BOCG*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, n.º 73-I, 21 de septiembre de 1979.

⁷ Por todos, Cruz Villalón, P. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 51. Más recientemente, Torres Muro, I., «Artículo 116», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.ª. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, BOE-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 632.

⁸ Aragón Reyes, M., «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 32, 2020, p. 2; Solozábal Echevarría, J. J., «Algunas consideraciones

Gobierno intervino el servicio al amparo de la legislación de seguridad aérea, pero ello no surtió efecto, lo que abocó a la declaración, mediante Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, del estado de alarma y a la movilización de los trabajadores. En unas horas, la normalidad volvió a los centros de control y, progresivamente, se restableció el transporte aéreo. Ello demostró la funcionalidad del estado de alarma, pero también puso de manifiesto las limitaciones e insuficiencias de su regulación legal, tanto por lo que respecta a sus supuestos habilitantes cuanto a las medidas a adoptar. Los afectados y parte de la doctrina consideraron que el boicot del transporte aéreo no era causa para su declaración y que la militarización suspendió varios derechos fundamentales. Y sostuvieron que, en lugar del estado de alarma, debía haberse declarado el de excepción; que la autoridad que corresponde al Gobierno no podía delegarse en el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y que la prórroga, que el Congreso autorizó por un mes, no debía exceder el plazo de duración de la declaración⁹. En suma, en aquel momento se suscitaron ya los mismos problemas que la emergencia de la COVID-19 ha planteado: las dudas interpretativas sobre los supuestos habilitantes de los estados de alarma y de excepción, la distinción entre limitación y suspensión de derechos, la posible delegación de autoridad y la indeterminación de plazo para las prórrogas. Las deficiencias de *lege data* del estado de alarma se hicieron evidentes y, diez años después, la excepción ha vuelto a desbordar su regulación.

3. El papel del Gobierno y del Congreso de los Diputados en las declaraciones y prórrogas del estado de alarma. La competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobre las decisiones de excepción.

El artículo 116.2 CE habilita al Gobierno para constatar la concurrencia de los supuestos de emergencia y declarar el estado de alarma por un plazo máximo de quince días, determinando las medidas aplicables durante su vigencia en el decreto de declaración. El juicio sobre la necesidad le compete en exclusiva, pero está obligado a dar cuenta de las razones de la declaración y de los decretos extraordinarios que dicte durante su vigencia al Congreso de los Diputados (arts. 116.2 CE y 8 LOAES). A tal efecto, el artículo 162.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RC) exige la remisión inmediata de una comunicación y del decreto acordado en Consejo de Ministros a la comisión parlamentaria competente, «que podrá recabar la información y documentación que estime pertinente». Se configura así un deber de información que persigue hacer posible el ejercicio de la función de control parlamentario en el seno de la comisión, pero también en el Pleno, que debe ser convocado si no está reunido (art. 165.1 RC). El alcance del control es exclusivamente político. No condiciona ni altera el contenido del decreto de declaración, pero permite trasladar a la opinión pública las posiciones de las fuerzas parlamentarias.

constitucionales sobre el estado de alarma», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 12, y Arroyo Gil, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 40.

⁹ Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, 2011, pp. 253-255; Aba Catoira, A., «El estado de alarma en España», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 28, 2011, pp. 335-336; Requejo Rodríguez, P., «Teoría vs. práctica del estado de alarma en España», en VV.AA. *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Universitas, Madrid, 2012, pp. 1502-1503, y Sieira Mucientes, S., «Los estados excepcionales», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104, 2018, pp. 376-378.

De prolongarse la excepción, el Gobierno debe solicitar al Congreso de los Diputados autorización para prorrogar el estado. En su solicitud puede proponer las medidas, el ámbito territorial y la duración de la prórroga, pero es el Congreso quien decide sobre ello. Así concebida, la autorización no sólo es un presupuesto, sino “un elemento determinante del alcance, las condiciones y los términos de la prórroga”, sean estos “bien establecidos directamente por la Cámara, bien por expresa aceptación de los propuestos en la solicitud, a los que necesariamente ha de estar el decreto que la declara” (STC 83/2016, FJ 8). Ello altera la naturaleza del estado prorrogado, que pasa a ser esencialmente parlamentario, por cuanto el decreto gubernamental se limita a formalizar y exteriorizar la autorización congresual¹⁰. Según el artículo 162, apartados 2 a 5 RC, el Gobierno debe solicitar la autorización antes de que expire el plazo de quince días del estado declarado. Recibida la solicitud y admitida a trámite, el asunto debe ser sometido al Pleno del Congreso convocado al efecto. Los grupos parlamentarios pueden presentar propuestas sobre las condiciones de la prórroga hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que ha de debatirse la concesión de la autorización. Lo que no cabe es el veto, porque el momento para oponerse es la votación final. El debate sobre la solicitud y las propuestas debe tener lugar en el Pleno, iniciándose con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud. Concluido el debate según las normas previstas para los de totalidad, procede votar la solicitud y las propuestas presentadas. Y adoptada una decisión por la Cámara, para la que no se exige mayoría cualificada ni razonamiento expreso alguno, se da traslado de su contenido al Gobierno para que decrete la prórroga en los términos autorizados. En suma, el Gobierno propone, pero es el Congreso quien dispone las condiciones de la prórroga, lo que resulta muy relevante si el Gobierno carece de una mayoría parlamentaria estable.

La CE y la LOAES reparten la titularidad del poder de excepción entre el Gobierno, titular de la declaración, y el Congreso de los Diputados, responsable de la prórroga, pero no concretan a quién compete controlar que las declaraciones y prórrogas son conformes a derecho. Debido al alcance político de estas decisiones, alguna doctrina sostuvo que debían quedar exentas de control jurisdiccional o limitarse éste a sus elementos reglados. Atendiendo a su condición formal de decretos, otra doctrina defendió que su revisión debía corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertos autores consideraron factible el control contencioso-administrativo del decreto de declaración, pero no del decreto de prórroga autorizado por el Congreso de los Diputados, al que atribuyeron fuerza de ley. Y no faltó quien, otorgando relevancia a la incidencia de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma sobre ciertas leyes, consideró que el control de ambos debía residenciarse ante el Tribunal Constitucional¹¹.

El problema trascendió el plano teórico tras la declaración y la prórroga del estado de alarma de 2010, cuyos decretos fueron impugnados por los controladores aéreos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Los recursos fueron inadmitidos porque, al autorizarse la prórroga en los mismos términos que la declaración, el Tribunal Supremo

¹⁰ Esta diferencia en la regulación de la competencia permite distinguir entre un estado de alarma «gubernamental» y otro «parlamentario». Cfr. Cruz Villalón, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit., pp. 72-74 y Cidoncha Martín, A., «Derecho de excepción y control parlamentario», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 48, 2021, pp. 446-447.

¹¹ Un análisis de estas posiciones doctrinales en Garrido López, C., «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 110, 2017, pp. 59-63, y más extensamente, *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 171-222.

(TS) consideró que ambos decretos adquirieron naturaleza y carácter parlamentarios, lo que hacía inviable su revisión por el orden contencioso-administrativo¹². La inadmisión fue recurrida en amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva y porque, según los recurrentes, la autorización de la prórroga no podía modificar la naturaleza reglamentaria del decreto de declaración. El Pleno del TC avocó para sí la resolución de dicho amparo y, en su STC 83/2016, de 28 de abril, declaró que la causa de la falta de jurisdicción de la justicia ordinaria no era la autorización parlamentaria, como sostuvo el TS, sino la fuerza y el valor de ley que, debido a sus efectos, tienen los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma. Dichos decretos no se limitan a declarar o prorrogar el estado, sino que configuran su régimen jurídico desplazando la legalidad ordinaria en vigor en la medida en que vienen a excepcionar, modificar o condicionar determinadas leyes o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación suspenden o desplazan, por lo que su control debe residenciarse en todo caso ante la jurisdicción constitucional (FFJJ 10 y 11). El TC se erigió así en el contrapeso de los titulares del poder de excepción, cuyas decisiones de declaración y prórroga del estado de alarma puede revisar. Con ello, se cerró el reparto de funciones entre los principales órganos constitucionales en nuestro modelo de excepción y se garantizó institucionalmente la supremacía de la CE. El TC debe tener en cuenta, sin embargo, que el derecho de excepción se construye y legitima sobre la idea de necesidad. Este derecho se sustenta sobre habilitaciones generales y conceptos jurídicos indeterminados. Y, pese al carácter objetivado de la interpretación que el TC quiera llevar a cabo, es imposible obviar los criterios de oportunidad que esa tarea encierra y la responsabilidad que asume el intérprete en el mantenimiento del orden jurídico-estatal; una responsabilidad que le exige una especial autocontención ante las decisiones de los titulares del poder de excepción¹³.

4. Las principales decisiones de excepción del Gobierno y del Congreso de los Diputados durante la emergencia de la COVID-19.

En España, los primeros casos de transmisión comunitaria de COVID-19 se produjeron a finales de febrero de 2020. El 11 de marzo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el coronavirus COVID-19 de pandemia global y advirtió de su imparable propagación. Tres días después, con miles de infectados y 151 fallecidos, el Gobierno declaró el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el fin de contener los contagios y reforzar el sistema de salud pública; un estado que fue sucesivamente prorrogado y finalizó el 21 de junio de 2020. La decisión obtuvo amplio apoyo en el Congreso de los Diputados, pero a la vista de la intensidad de las restricciones se cuestionó su adecuación constitucional, al punto que los diputados de uno de los grupos parlamentarios que solicitó la declaración del estado y avaló su primera prórroga interpusieron un recurso de inconstitucionalidad. El estado de alarma se convirtió así en objeto de controversia política y de enfrentamiento institucional. Y nadie salió indemne: ni el Gobierno, ni el Congreso, ni el TC.

¹² AATS 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; y 6197/2012, de 1 de junio.

¹³ Garrido López, C., «Las limitaciones como derecho del derecho constitucional de excepción», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, cit., pp. 15-19. Sobre el principio de necesidad como fundamento del derecho de excepción y el poder de derogación de normas constitucionales que conlleva, véase el excelente trabajo de Álvarez Álvarez, L., «Estado y derecho de excepción. La juridificación del principio la necesidad no conoce reglas», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 48, 2021, pp. 325-335 y 339-340.

Decaído el estado de alarma, las CCAA hicieron frente a los contagios al amparo de las leyes sanitarias, especialmente de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), que permite adoptar medidas para el control de los enfermos y de las personas que hayan estado en contacto con ellos y las que “se consideren necesarias en caso de riesgo transmisible” (art. 3) con la debida autorización o ratificación judicial. La disparidad de criterios de los jueces sobre lo que dicha ley permitía condujo al Gobierno a proponer al Congreso la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) para atribuir la autorización de las medidas sanitarias generalizadas restrictivas de derechos adoptadas por las CCAA a sus Tribunales Superiores de Justicia, que se materializó mediante Ley 3/2020, de 18 de septiembre¹⁴. La denegación, sin embargo, de las medidas restrictivas en varias CCAA y, especialmente, en varios municipios de la Comunidad de Madrid, desencadenó la declaración de un segundo estado de alarma limitado a dichos municipios mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre. Dos semanas después, ante el incremento generalizado de contagios, el Gobierno declaró un nuevo estado de alarma mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, en el que delegó la autoridad en los presidentes de las CCAA y de las ciudades autónomas para determinar, en el marco de las medidas autorizadas, las restricciones de derechos aplicables en su respectivo ámbito territorial. Esta declaración y su larga prórroga, autorizada por el Congreso de los Diputados, suscitaron de nuevo críticas y la interposición de otro recurso de inconstitucionalidad.

3.1. *La opción gubernamental y parlamentaria por el estado de alarma y la polémica sobre las medidas restrictivas de derechos fundamentales.*

El 7 de marzo de 2020, decenas de personas fueron confinadas con aval judicial en un barrio de Haro (La Rioja). Días después, la Comunidad de Madrid y La Rioja suspendieron toda actividad docente, el Govern de Cataluña ordenó el cierre perimetral de varios municipios de la provincia de Barcelona, el Gobierno extremeño confinó Arroyo de la Luz (Cáceres) y la Consejería de Salud de Murcia impuso el confinamiento de miles de personas sólo excepcionado por motivos laborales, médico-asistenciales y de adquisición de productos de primera necesidad¹⁵. Estas restricciones eran necesarias para contener el virus, pero tenían un dudoso encaje legal. Resultaban, además, claramente insuficientes. La rápida propagación de los contagios requería la adopción de medidas generalizadas inmediatas e incisivas, como la limitación de los desplazamientos y la prohibición de las interacciones sociales. A tal efecto, los líderes de los principales partidos solicitaron la declaración del estado de alarma por entender que era el instrumento jurídico idóneo para enfrentar la pandemia. El 10 de marzo, el presidente de Vox, Santiago Abascal, lo exigió públicamente, siendo el primero en

¹⁴ La modificación de los artículos 8.6, 10, 11.1 de la LJCA y la adición de un artículo 122 *quater* se produjo mediante la disposición adicional segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

¹⁵ Sobre estas primeras restricciones adoptadas por algunas CCAA, Azpitarte Sánchez, M., «Coronavirus y derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2000», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 121, 2021, pp. 108-109; Cotino Hueso, L., «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, n.º 9608, 6 de abril de 2020, pp. 5-7; Nogueira López, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 22-31, y Ridao, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 137-142.

hacerlo. El 12 de marzo, el presidente del Partido Popular, Pablo Casado, y la líder de Ciudadanos, Inés Arrimadas, ofrecieron su apoyo para esa declaración y garantizaron su prórroga. La decisión no era, sin embargo, nada fácil. La pandemia estalló recién constituido el primer Gobierno de coalición de nuestra reciente historia democrática, tras dos elecciones generales que alumbraron un Parlamento más fragmentado y una investidura en segunda votación con tan sólo 167 votos favorables. Era un Gobierno hiperminoritario quien debía gestionar la excepción, que conllevaría la constricción generalizada de derechos fundamentales y la paralización de la economía nacional. Nuestro ordenamiento, como el de tantos otros países, no estaba preparado para una emergencia de tal naturaleza y magnitud. Las leyes sanitarias permitían adoptar medidas restrictivas localizadas, no un confinamiento generalizado¹⁶. La pandemia encajaba en uno de los supuestos del estado de alarma, pero las medidas que era preciso adoptar para salvar vidas excedían la literalidad de las previstas en la LOAES. El estado de alarma se quedaba corto. Pero el estado de excepción era excesivo por sus connotaciones represivas y no encajaba en el supuesto de hecho. Nadie, además, solicitó en ese momento la declaración del estado de excepción, ni nadie la habría avalado. Y los países de nuestro entorno tampoco usaron los estados de mayor gravedad vinculados a la protección del orden público.

El Gobierno optó por declarar el estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y, tras solicitar las correspondientes autorizaciones parlamentarias, por prorrogarlo hasta en seis ocasiones por períodos de quince días. Dicho Decreto restringió sensiblemente la libertad de circulación de las personas por las vías de uso público, sometió a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, los cuerpos de policía de las CCAA y de las corporaciones locales y a la seguridad privada a la autoridad del Gobierno, movilizó a las Fuerzas Armadas, autorizó requisas temporales y adoptó una amplia batería de medidas para reforzar el Sistema Nacional de Salud, asegurar el suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, evitar el desabastecimiento alimentario y limitar el transporte interior y el transporte aéreo a los servicios mínimos esenciales compatibles con las exigencias de salud pública. Durante las primeras semanas, el estado de alarma fue considerado adecuado y sus restricciones, imprescindibles para reducir los contagios. El 25 de marzo, votaron a favor de la autorización parlamentaria de la primera prórroga 321 diputados, entre ellos, los 52 diputados del grupo parlamentario de Vox “por responsabilidad y sentido de Estado”, en palabras de su líder. Ningún diputado votó en contra. La segunda prórroga, autorizada el 9 de abril, contó también con el voto favorable de 270 diputados y sólo con 54 votos en contra, de Vox y la CUP. Y la tercera prórroga, autorizada el 22 de abril, logró 269 votos a favor. El régimen jurídico excepcional contó, por tanto, hasta el 10 de mayo de 2020 con un respaldo parlamentario abrumador, acorde con la gravedad de la emergencia.

La prolongación de la situación y la severidad de las limitaciones acabaron, sin embargo, generando irritación en algunos sectores y evidenciaron los desajustes del

¹⁶ En sentido contrario, considerando posible la limitación generalizada de derechos fundamentales al amparo de la legislación sanitaria, especialmente con base en el artículo 3 LOMESP, por todos, Nogueira López, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», cit., pp. 22-27; Muñoz Machado, S., «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 90-91, 2020, pp. 114-131, y, especialmente, Doménech Pascual, G., «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2021, pp. 355-373, disponible en <https://indret.com/dogmatismo-contra-pragmatismo/>.

armazón jurídico utilizado. Comenzó a hablarse de una alarma “excepcional” y de un “estado de excepción encubierto”¹⁷, porque el confinamiento domiciliario no era una simple limitación o compresión del ejercicio de los derechos de circulación y reunión en determinados lugares, momentos o espacios públicos, sino, según se adujo, un vaciamiento o una supresión de los mismos que solo podía adoptarse en el estado de excepción¹⁸. La situación, además, había alcanzado tal gravedad que, a juicio de alguna doctrina, podían considerarse cumplidos, al menos, dos de las causas que permiten la declaración del estado de excepción, al hallarse el servicio público sanitario desbordado y verse gravemente alterado el libre ejercicio de los derechos y libertades¹⁹.

El Gobierno y otra doctrina siguieron defendiendo la idoneidad del estado de alarma porque, pese a la gravedad de la crisis, el orden público tutelado por el artículo 13 LOAES no se vio gravemente alterado. El estado de excepción, sostuvo Cruz Villalón, tal como nuestro ordenamiento lo configura, “es expresión y respuesta a un conflicto político abierto. Sería concebible un estado de excepción superpuesto al de alarma en una situación de amplio desafío a este último, pero esto en modo alguno ha ocurrido”²⁰. La alteración producida fue de otra naturaleza distinta. Afectó al sistema sanitario y a la salud y la vida de las personas a resultas de un virus desconocido y muy contagioso. Ese fue el único orden alterado y no otro²¹. Y así lo entendió el Defensor del Pueblo en funciones en respuesta a las solicitudes de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020 que le fueron presentadas²²; el Consejo de Estado en su Dictamen 615/2020, de 25 de octubre, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2²³, y el Tribunal Supremo, cuyas SSTS 461/2021, de 10 de febrero, y

¹⁷ Cuenca Miranda, A. «Alarma excepcional», *Papeles FAES*, n.º 236, 2020, pp. 3-6, y Albar García, J., “Estado de excepción encubierto”, *El español*, 18 de abril de 2020.

¹⁸ Aragón Reyes, M., «Hay que tomarse en serio la Constitución», *El País*, 9 de abril de 2020 y «COVID-19: aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 32, 2020, pp. 2 ss. En el mismo sentido, por todos, Amoedo-Souto, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, p. 66; Ruiz Miguel, C., «Crisis del coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, n.º 9656, 18 de junio de 2020, y Sieira Mucientes, S., «Estado de alarma», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 19, 2020, pp. 296-298.

¹⁹ Díaz Revorio, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de derecho*, 9 de abril de 2020 (<https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales/>). Más ampliamente, del mismo autor, «Desactivando conceptos constitucionales: La suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, cit., pp. 149-155.

²⁰ Cruz Villalón, P., «La Constitución bajo el estado de alarma», *El País*, 17 de abril de 2020 (https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html). En el mismo sentido, López Garrido, D., «Un estado de excepción sería inconstitucional», *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020 (https://www.eldiario.es/tribunaabierta/excepcion-inconstitucional_6_1015658433.html).

²¹ Carrillo López, M. «Los derechos en tiempo de pandemia», *Al revés y al derecho*, 17 de mayo de 2020 (<http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5800>); Presno Linera, M. A., «Estado de alarma y sociedad del riesgo global», en Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, J. F. (dirs.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 24, y Revenga Sánchez, M. y López Ulla, J. M., «El dilema limitación/suspensión de derechos y otras «distorsiones» al hilo de la pandemia», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 48, 2021, p. 224-226.

²² Resolución del Defensor del Pueblo en funciones de 3 de septiembre de 2020, pp. 21-22. En: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/09/resolucion_estado_alarma.pdf.

²³ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-615>

855/2021, de 9 de marzo, consideraron el estado de alarma el instrumento idóneo frente a la emergencia sanitaria, negando que lo fuera el estado de excepción²⁴.

La cuestión de fondo de la polémica no era, sin embargo, la causa de la crisis, sino sus efectos. Concretamente, si la restricción tan intensa en el ejercicio de varios derechos fundamentales debía considerarse *de iure* una suspensión. En teoría, la distinción entre la limitación y la suspensión es posible. Formalmente, la suspensión conllevaría una “desconstitucionalización” que deja sin efecto parcial o totalmente la obligatoriedad jurídica de un derecho fundamental y debería ser entendida en sentido estricto²⁵. La limitación de un derecho, en cambio, incide sobre su haz de facultades y puede llegar a la “negación transitoria del ejercicio del derecho a su titular”, pero no lo desconstitucionaliza, ni priva al derecho de la garantía de su contenido esencial, que puede verse afectado por la limitación, pero no hasta el punto de provocar su desaparición²⁶. En la limitación, las garantías del derecho se mantienen y los abusos pueden ser revisados judicialmente al amparo del principio de proporcionalidad, porque su régimen jurídico no ha sido suspendido. De estarlo, no sería posible violarlos ni recabar su tutela sino en los términos de su régimen excepcional. Un derecho suspendido no pone límites a la declaración del estado, ni a la autoridad gubernativa, pero sí lo hace un derecho limitado, porque la limitación es una constricción en el ejercicio del derecho, no en su regulación. En la práctica, sin embargo, la línea que separa la limitación de la suspensión es muy tenue, especialmente si su deslinde se aborda desde una perspectiva material²⁷.

Pero analizándolo precisamente desde esta perspectiva, alguna doctrina sostuvo que la prohibición generalizada de usar la vía pública había reducido la libertad deambulatoria a mero nombre o apariencia. El decreto impedía el despliegue de las facultades y la satisfacción de los intereses vinculados a la libertad de circulación, salvo en casos muy tasados, desfigurando el derecho hasta hacerlo irreconocible²⁸. “Hay

²⁴ A juicio de la sección 4 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, el estado de excepción “no está previsto para supuestos como el que nos afecta sino para aquellos en que se vea alterado muy gravemente el orden público por las causas indicadas por el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981. En cambio, su artículo 4 b) prevé, entre las que justifican la declaración del estado de alarma, las “crisis sanitarias, tales como epidemias” (STS 461/2021, fundamento de derecho 5, y STS 855/2021, fundamento jurídico 6).

²⁵ Aláez Corral, B., «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en López Guerra, L. y Espín Templado, E. (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 235.

²⁶ Requejo Rodríguez, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de Derecho Político*, n.º 51, 2001, p. 112-113.

²⁷ Sobre la difícil distinción entre las nociones de limitación y suspensión, Gómez Fernández, I., «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, cit., pp. 95-104.

²⁸ En este sentido, Díaz Revorio, F. J., «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», cit., pp. 128-149; Cotino Hueso, L., «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la COVID», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, cit., pp. 191-193; Tajadura Tejada, J., «El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 120, 2021, pp. 163-164 y Fernández de Casadevante, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 119, 2021, pp. 85-86. Más matizadamente, Durán Alba, J. F., «Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la COVID-19», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, cit., pp. 214-217.

limitación –señaló Aragón- si la regla general es el libre ejercicio del derecho, aunque dicha libertad se encuentre restringida por algunas y tasadas excepciones y, por el contrario, hay suspensión si la regla general es el no ejercicio del derecho, aunque se reconozcan algunas y tasadas excepciones [...], habiéndose producido una auténtica suspensión”²⁹. Para otra doctrina, sin embargo, no hubo suspensión, sino una limitación de la libertad de circulación compatible con el estado de alarma porque sus garantías normativas y procesales se mantuvieron intactas y los ciudadanos pudieron impetrar su tutela, lo que no hubiera sido posible en caso de suspensión³⁰. El artículo 7 del Decreto 463/2020 preveía numerosas causas justificadas de movilidad con una cláusula abierta que contemplaba situaciones de necesidad y “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”. Ello encajaba con la posibilidad de condicionar la circulación al cumplimiento de determinados requisitos y con el criterio de resolución de los conflictos de colisión de derechos fundamentales y valores constitucionales establecido en la jurisprudencia constitucional. Las restricciones perseguían salvaguardar “otros derechos fundamentales (en primer lugar, el derecho a la vida del art. 15 CE) u otros derechos o bienes constitucionales (destacadamente, el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE, y la tutela de la salud pública del art. 43.2 CE)”³¹. Y esas restricciones podían considerarse idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto al superar los beneficios reportados a los perjuicios inferidos a la libertad de circulación. En este sentido se pronunciaron el Defensor del Pueblo en funciones en su Resolución de 3 de septiembre de 2020 y el Consejo de Estado en su Dictamen 615/2020, de 25 de octubre. No lo entendieron así, en cambio, los diputados del grupo parlamentario de Vox en el Congreso de los Diputados. Y el 28 de abril de 2020 interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, alegando que el confinamiento impuesto en todo el territorio nacional y a la totalidad de la ciudadanía constituía, “por su rigidez e intensidad, una verdadera privación de libertad”, y que la intimidad familiar, el derecho de reunión, la libertad de empresa y la libertad de cultos en su dimensión externa habían sido también suspendidos inconstitucionalmente. Catorce meses después de su interposición, el Tribunal Constitucional asumió parcialmente dicha interpretación.

²⁹ Aragón Reyes, M., «El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma», *El País*, 6 de agosto de 2021.

³⁰ Villaverde Menéndez, I., «COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales», *The conversation*, 14 de mayo de 2020, disponible en: <https://theconversation.com/covid-19-la-gran-prueba-de-estres-para-los-sistemas-constitucionales-y-para-los-constitucionalistas-138596>; Urías Martínez, J., «Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión», *Al revés y al derecho*, 14 de abril de 2020, disponible en: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774>; Velasco Caballero, F., “Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19”, en Blanquer Criado, D. B. (coord.), *COVID-19 y derecho público: (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 90. Así lo entendió también, aunque con más dudas desde una perspectiva material,

³¹ Arroyo Gil, A., «¿Estado de alarma o estado de excepción?», *Agenda Pública*, 12 de abril de 2020 (<http://agendapublica.elpais.com/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>) y, del mismo autor, «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, pp. 100-102. En idéntico sentido, Carrillo López, M., «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», *LEGAL. Revista del Parlamento Vasco*, n.º 1, 2020, pp. 81-83; Garrido López, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 46, 2020, pp. 395-398 y Gómez Fernández, I., «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», cit., pp. 105-116.

4.2. *Del mando único durante el primer estado a la delegación de autoridad en los presidentes de las CCAA y las ciudades con estatuto de autonomía en el segundo estado de alarma de ámbito nacional.*

La excepción requiere la adopción de medidas extraordinarias de manera inmediata y del modo más contundente posible. En estos casos, se activa una competencia latente del Estado: la de gobernar durante la excepción, que puede suspender *pro tempore* y en los términos de la declaración el régimen ordinario de gestión de competencias de las administraciones públicas³². Cuando el apoderamiento extraordinario afecta a facultades que son competencia estatal, la concentración de las decisiones no altera el poder territorial. Es lo que ocurre en los estados excepcionales de naturaleza militar, porque corresponde al Gobierno –y no a los entes territoriales- dirigir la política militar y la defensa del Estado. Así sucede también en las graves crisis de orden público en aquellos Estados en que la seguridad pública es competencia estatal. O en las situaciones de paralización de servicios públicos esenciales, como el tránsito aéreo, que es competencia estatal, razón por la cual la gestión del estado de alarma declarado en diciembre de 2010 no afectó al funcionamiento ordinario del Estado autonómico. Pero cuando las facultades que se concentran corresponden a materias de la competencia de los entes territoriales, la colisión es inevitable y la eficacia del poder de excepción se resiente bajo cualquiera de los modelos que pretenda ejercerse, tanto centralizadamente, conforme se hizo bajo el primer estado de alarma declarado en marzo de 2020, cuanto de forma descentralizada previa delegación de la autoridad, como tuvo lugar bajo el estado de alarma decretado en octubre de 2020.

En el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus cuatro primeras prórrogas, el Gobierno optó por la concentración del poder de excepción, aunque, siguiendo el precedente del estado de alarma de 2010, la autoridad fue delegada, en esta ocasión en los ministros de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno (art. 4.2)³³. En su condición de autoridades delegadas, los ministros quedaron habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en su ámbito de actuación, fuesen necesarias para garantizar la prestación de servicios y la protección de personas y bienes³⁴. Y el Gobierno, en paralelo a la alarma pero fuera de su marco jurídico, actuó como legislador alternativo de urgencia y necesidad, dictando, al amparo del artículo 86 CE, numerosos decretos-leyes dirigidos a afrontar los desafíos y efectos económicos, sociales, laborales, administrativos e institucionales que la pandemia estaba generando³⁵. En la quinta prórroga de dicho estado de alarma, aprobada mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, la autoridad se concentró más, de forma

³² Velasco Caballero, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 78-87.

³³ Han criticado la delegación de autoridad del estado de alarma, Herbón Costas, J. J., «El mando y gestión del estado de alarma», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, cit., pp. 94-96 y 101-108 y Tajadura Tejada, J., «El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», cit., p. 166.

³⁴ Sobre el derecho derivado emanado de autoridades delegadas, Canosa Usera, R., «Ordenación de las fuentes del derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español», en Barceló Rojas, D.; Díaz Ricci, S.; García Roca, J. y Guimarás Teixeira, M^a. E. (coords.) *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM e Instituto de Derecho Parlamentario, México, 2020, p. 277.

³⁵ Teruel Lozano, G., «Los decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 8, 2020, pp. 216-221.

delegada, en el ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno y el principio, más bien retórico, de cooperación con las CCAA.

Durante la vigencia de estas cinco prórrogas, las limitaciones de derechos fueron idénticas en todo el territorio nacional, con independencia de la desigual incidencia de la pandemia. Y el presidente del Gobierno asumió la totalidad de las atribuciones y decisiones excepcionales con el apoyo de un reducido número de ministros. El problema es que, tras décadas de traspaso de competencias, el Estado carecía de las estructuras organizativas, los medios y la experiencia para gestionar centralizadamente dicha crisis, porque los responsables ordinarios de la salud pública en condiciones de normalidad son los ejecutivos autonómicos. El Ministerio de Sanidad, con competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad y sin apenas personal, asumió, de un día para otro, una responsabilidad ingente, lo que obligó a flexibilizar el mando único mediante la interlocución con los responsables autonómicos³⁶. Esa interlocución se canalizó mediante la Conferencia de Presidentes y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), que nunca antes se habían reunido tanto, pero resultó insuficiente para lograr una eficaz coordinación³⁷. Las reuniones de presidentes fueron meramente informativas de decisiones previamente adoptadas, y tanto las conferencias como el CISNS se convirtieron en escenario de enfrentamiento entre el ejecutivo central y algunas autoridades autonómicas.

La llamada “desescalada” supuso un tímido cambio en el modelo de gestión, puesto que la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, que reguló la transición a una nueva normalidad, otorgó un papel más relevante a las CCAA en el proceso que condujo a la apertura progresiva de la actividad de forma asimétrica y coordinada con las propias CCAA. Finalizado el estado de alarma, la responsabilidad del control de la pandemia recayó en las CCAA, quienes recuperaron el pleno ejercicio de sus competencias. Al amparo de la competencia estatal de coordinación, el Gobierno dictó, por su parte, el Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria e introdujo la figura de las “actuaciones coordinadas en salud pública”, que puede declarar el Ministerio de Sanidad unilateralmente en casos de urgente necesidad o a propuesta mayoritaria de las CCAA en el seno del CISNS. El Gobierno, bien por convicción o por necesidad, optó por la cogobernanza y, durante los meses de agosto y septiembre, se aprobaron varias declaraciones de actuaciones coordinadas previo acuerdo alcanzado en el CISNS³⁸. Pero las discrepancias sobre el valor jurídico de esas decisiones, la necesidad de adoptar medidas más incisivas para frenar los contagios y, sobre todo, el rechazo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a ratificar el cierre perimetral de varios municipios

³⁶ Pomed Sánchez, L., «Algunas notas sobre los estados de alarma declarados en 2020», y Tudela Aranda, J., «El Estado autonómico y la COVID-19» ambos en Tudela Aranda, J. (coord.). *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, cit., pp. 187-188 y 207-208, respectivamente.

³⁷ Desde su creación el 28 de octubre de 2004 hasta 2017, la Conferencia sólo se reunió en seis ocasiones, en tanto que bajo el primer estado de alarma se celebraron catorce reuniones extraordinarias. El CISNS, por su parte, celebró veinte reuniones. Un análisis en García-Escudero Márquez, P.: «Crisis sanitaria y modelo autonómico», en Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*, cit., p. 114-115 y, ampliamente, Ridao, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, cit., pp. 236-247.

³⁸ Ello supuso, a juicio de alguna doctrina, el abandono del Estado de su función de coordinación en manos de la voluntad de una mayoría de CCAA en el CISNS. Por todos, Aragón Reyes, M., «COVID-19 y Estado autonómico», y Solozábal Echavarría, J. J., «La crisis del coronavirus tras el primer estado de alarma», ambos en Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado autonómico y COVID-19*, cit., pp. 73-74 y 79-81, respectivamente.

madrileños adoptado mediante Orden de la Consejería de Sanidad, que aplicaba un acuerdo del CISNS, agotó la fórmula y dio paso a la declaración por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, de un estado de alarma limitado a varios municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid, en que la autoridad competente fue el Gobierno de la Nación (art. 4)³⁹.

A finales de octubre, ante el aumento generalizado de contagios, los presidentes de diez CCAA y de la ciudad autónoma de Melilla solicitaron la declaración de un nuevo estado de alarma en todo el territorio nacional. Los problemas de la gestión centralizada durante el primer estado, el desgaste político sufrido y las presiones de varias CCAA para gestionar por sí mismas la excepción, persuadieron al Gobierno de la conveniencia de adoptar un modelo de estado de alarma radicalmente distinto. El Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, que prorrogó por sexta vez el estado de alarma declarado el 14 de marzo, anticipó ese cambio, al delegar en los presidentes de las CCAA “la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada” (art. 6). Y Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, de declaración de un nuevo estado de alarma para hacer frente a la segunda ola de contagios y su larga prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados tras intensa negociación consolidaron este giro, al delegarse la autoridad en los presidentes de las CCAA y de las ciudades con estatuto de autonomía, quienes quedaron no sólo habilitados para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones que requirieran la aplicación de los artículos 5 a 11 del Decreto de declaración (art. 2.2), sino también para “modular, flexibilizar y suspender las medidas previstas en los artículos 6, 7 y 8 de dicho Decreto (art. 10).

Las limitaciones de derechos autorizadas fueron en esta ocasión menos drásticas que en el primer estado de alarma. La libertad de circulación por las vías públicas solo se limitó en horario nocturno, entre las 23:00 y las 6:00 horas, siendo esta la única restricción de eficacia inmediata y ámbito nacional prevista en el Decreto, aunque también se permitió modularla adelantando o retrasando la prohibición entre las 22:00 y las 00:00 horas y entre las 5:00 y las 7:00 horas. El resto de las medidas, como el cierre perimetral de las CCAA y las ciudades autónomas o de ámbitos territoriales inferiores, la limitación de reuniones a un máximo de seis personas, pudiendo reducirse ese número, la limitación a la permanencia de personas en lugares de culto y la imposición de prestaciones personales obligatorias podían ser adoptadas, moduladas y suspendidas por las autoridades delegadas en su ámbito territorial “a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad”, previa comunicación al Ministerio de Sanidad. O lo que es mismo, su aplicación quedó diferida y condicionada a las decisiones que adoptaran los respectivos presidentes autonómicos atendiendo a las circunstancias.

³⁹ En la reunión del CISNS de 30 de septiembre se adoptó por mayoría un acuerdo sobre actuaciones coordinadas que fijaba indicadores de actuación a resultas del cual la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid debía confinar perimetralmente varios municipios, incluida la capital. La Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería madrileña ejecutó la correspondiente declaración de actuaciones coordinadas, pero, a diferencia de lo que hicieron otras CCAA, no adujo para justificar las restricciones de la libertad circulatoria el artículo 3 LOMESP, sino el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, relativo a las actuaciones coordinadas en salud pública. Y el ATSJ de Madrid 128/2020, de 8 de octubre, denegó la ratificación de la Orden porque pretendía limitar derechos sin habilitación legal bastante. Sobre este episodio y la declaración del estado alarma en varios municipios madrileños, *vid.* Álvarez García, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 120-133.

El mando único se disgregó así en 19 mandos territoriales distintos, lo que no está previsto en la LOAES y puede comprometer el alcance de la rendición de cuentas del Gobierno ante el Congreso de los Diputados. Esas fueron las principales críticas. El artículo 7 LOAES regula la posibilidad de que un presidente autonómico sea autoridad delegada cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de su comunidad, pero no la delegación de autoridad en todos y cada uno de los presidentes cuando la declaración afecta al territorio nacional⁴⁰. La delegación, además, se otorgó a administraciones autónomas no jerárquicamente dependientes. Y ello, para alguna doctrina, iba a dificultar, si no impedir, el debido control parlamentario del Congreso sobre las decisiones de excepción. Particularmente si la delegación se prorrogaba durante seis meses, como así ocurrió, sin que el Congreso pudiera, durante ese período, alterar el alcance y las condiciones del estado de alarma, ni exigir responsabilidad política a quienes *materialmente* la tenían⁴¹. El Gobierno y otra doctrina consideraron, no obstante, que el modelo de gestión elegido era más acorde con el Estado autonómico y permitía adaptar la respuesta a la desigual evolución e incidencia territorial de la pandemia⁴². La LOAES, aprobada en 1981, no prevé una delegación de autoridad generalizada, pero tampoco la excluye, porque desde el momento que autoriza dicha delegación en un presidente cuando su territorio es afectado, nada impide extenderla a todos si todos los territorios se ven afectados por la crisis y en la medida en que lo estén. Y si la delegación en uno es legal y nadie considera que altere el principio de rendición de cuentas, no hay razón para que la delegación en todos la socave, porque el Gobierno sigue siendo el responsable. La prórroga del estado, por lo demás, no está sometida legalmente a término. Al Congreso de los Diputados corresponde determinar su duración y sus condiciones. “La mayoría –señaló por ello García Roca– tiene discrecionalidad y el resultado, plena legitimidad democrática”⁴³. Y la tiene tanto por lo que respecta a la duración, como a sus condiciones.

También fueron objeto de crítica la ausencia de criterios objetivos que avalaran las limitaciones y la discrecionalidad resultante de los presidentes autonómicos para hacerlas efectivas, o no, en su ámbito territorial. El artículo 10 del Decreto 926/2020 aludía a unos indicadores para adoptar las decisiones, pero no los concretó, de suerte que los presidentes determinaron las restricciones mediante decreto autonómico estableciendo por sí mismos los requisitos para limitar derechos. Para garantizar la coordinación, se encomendó al CISNS el establecimiento de “indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo”, pero esta remisión fue considerada improcedente por alguna doctrina al deslegalizar un elemento esencial de la restricción de derechos⁴⁴. En la práctica, el Gobierno intentó que el CISNS acordara dichos criterios, pero acabó

⁴⁰ Biglino Campos, P.: «El impacto de la Covid en la distribución de competencias», en Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, cit., pp. 29-30. Sáenz Royo, E., «Estado autonómico y Covid-19», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 48, 2021, p. 379.

⁴¹ Cidoncha Martín, «Derecho de excepción y control parlamentario», cit., pp. 459-460.

⁴² Ridaó, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico*, cit., pp. 231-233.

⁴³ García Roca, F. J., «El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus», en Barceló Rojas, D.; Díaz Ricci, S.; García Roca, J. y Guimarães Teixeira, M^a. E. (coords.), *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, cit., p. 25.

⁴⁴ Aragón Reyes, M. «COVID-19 y Estado autonómico», en Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, cit., pp. 85-86; Tajadura Tejada, J., «El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», cit., pp. 168-169 y García Mahamut, R., «La problemática jurídico-constitucional que plantea el segundo estado de alarma y el final de su vigencia: ¿una vulneración reiterada de derechos fundamentales en la España autonómica», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 48, 2021, pp. 256.

generalizándose la gestión unilateral de las autoridades delegadas, lo que, siendo a priori congruente con la desigual evolución de la pandemia, provocó a la postre una segmentación arbitraria de las medidas limitativas de derechos, estrictas en unas CCAA y muy laxas en otras con idénticos e incluso peores indicadores epidemiológicos. Debido a ello, el balance no ha sido satisfactorio y ha evidenciado las contradicciones existentes entre el derecho de excepción y la distribución vertical del poder, por lo que debería procederse a una reforma de la LOAES que precise el papel de los ejecutivos de las CCAA. Máxime teniendo en cuenta que la causa fundamental aducida por la STC 183/2021, de 27 de octubre, para desautorizar la delegación ha sido que no está prevista en la LOAES y dificulta el debido control parlamentario.

5. El Tribunal Constitucional y su interpretación del derecho de excepción.

La STC 83/2016 atribuyó a los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma fuerza y valor de ley (FJ 10), pero, como la sentencia se dictó en amparo y carecía de efectos generales y vinculantes, alguna doctrina siguió defendiendo su naturaleza reglamentaria⁴⁵. Y, cuando se declaró el estado de alarma en marzo de 2020, varios ciudadanos recurrieron nuevamente los decretos de declaración y de prórroga ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aportando incluso en fase de alegaciones un dictamen de varios constitucionalistas para avalar la competencia de esa jurisdicción⁴⁶. El TS inadmitió dichos recursos en mayo de 2020, pero lo hizo con reticencias: afirmó no sentirse vinculado por la STC 83/2016 y conjeturó sobre la naturaleza reglamentaria de los decretos de declaración⁴⁷. En la STC 148/2021, de 14 de julio, dictada a resultas del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los diputados de Vox contra el Real Decreto 463/2020 y sus decretos de prórroga, el TC ha zanjado definitivamente la polémica, ahora con eficacia *erga omnes*, y ha ratificado su doctrina sobre la fuerza de ley de estas decisiones excepcionales y sobre su competencia exclusiva para revisarlas a través de los procesos constitucionales (FJ 2). Resuelta la cuestión, en dicha sentencia ha estimado parcialmente el recurso contra varios preceptos del Real Decreto 463/2020, al entender, como los recurrentes, que varias de las medidas adoptadas supusieron *de facto* una auténtica suspensión de derechos y que el instrumento adecuado ante la gravedad y los efectos que produjo la emergencia no era el estado de alarma, sino el de excepción. Y meses después, el TC ha vuelto a desautorizar

⁴⁵ En este sentido, Villar Crespo, G. «Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos del Gobierno que declaran el estado de alarma», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 48, 2018, pp. 27-36; Vera Santos, J. M., «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», en Fernández de Casadevante, P. (dir.), *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 471; y Sánchez García, J. M.^a. «La declaración del estado de alarma. Los controvertidos caminos para su impugnación», en Recuerda Girela, M. A. (dir.), *Antes de la próxima pandemia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 124-125.

⁴⁶ Véase Díaz Revorio, F. J.; Flores Juberías, C.; Ruiz Miguel, C.; Ruiz Robledo, A. y Vera Santos, J. M., Dictamen en torno a la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del recurso núm. 001/0000099/2020, 27 de abril de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3bMXzM8>.

⁴⁷ En los AATS 2505/2020, de 6 de mayo, y 2529/2020, de 12 de mayo, el TS asumió la doctrina de la STC 83/2016 incorporándola a sus razonamientos jurídicos, pero, en los AATS 2478/2020, de 4 de mayo y 2508/2020, de 12 de mayo, cuyo ponente fue el magistrado Rodríguez Zapata, eludió los argumentos del TC sobre la fuerza de ley del decreto de declaración retomando la tesis de la autorización parlamentaria de la prórroga como única causa de su falta de jurisdicción, de suerte que, sin esa autorización, los decretos de declaración serían reglamentos. Un análisis de estos AATS en Garrido López, C., *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, cit., pp. 240-246.

a los titulares del poder de excepción al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 956/2020, de 25 de octubre, de declaración del estado de alarma y su prórroga y declarar inconstitucionales tanto la autorización parlamentaria de la prórroga como la delegación de autoridad realizada en favor de los presidentes de las CCAA y ciudades con estatuto de autonomía.

5.1. *La declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma en la STC 148/2021, de 14 de julio: equiparación entre restricción “intensa” y suspensión de derechos fundamentales e interpretación “evolutiva” de los estados de alarma y de excepción.*

El 28 de abril de 2020, los diputados del grupo parlamentario de Vox interpusieron el recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020 contra los artículos 7, 9 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, sus decretos de prórroga y la orden SND/298/2020, de 29 de marzo, que estableció medidas excepcionales en relación con velatorios y ceremonias fúnebres, porque a su juicio, aunque votaron a favor de su primera prórroga, la severa restricción de la libertad circulatoria y las medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, en la actividad comercial, los equipamientos culturales, los establecimientos y actividades recreativas y las actividades de hostelería y restauración y las limitaciones en las actividades de culto implicaban una efectiva suspensión de la libertad personal (art. 17 CE), las libertades de residencia y de circulación (art. 19 CE), el derecho de reunión (art. 21), el derecho a la educación (art. 27), el derecho al trabajo (art. 35 CE), la libertad de empresa (art. 38) y la libertad religiosa (art. 16 CE), en conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). El recurso fue admitido a trámite por el Pleno del TC celebrado telemáticamente el 6 de mayo de 2020.

Días antes de esta admisión, la Sala Primera del TC, en su Auto 40/2020, de 30 de abril, inadmitió el recurso de amparo promovido por la *Central Unitaria de Trabajadores/as* subrayando que la prohibición de reunirse y manifestarse el 1 de mayo decidida por la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra había sido una limitación de derechos idónea, necesaria y proporcionada al hallar, en el juicio de ponderación, “cobertura constitucional bastante en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí – continuó el TC en una suerte de aviso a navegantes- donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la *justificación de la declaración del estado de alarma*” (cursiva nuestra), teniendo ambas idénticas razones. Y más adelante, tras constatar la incertidumbre generada por la COVID, afirmó que las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales eran las únicas que se habían “adverado eficaces para limitar los efectos de la pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador artículo la declaración de los estados excepcionales en 1981” (FJ 4). La situación de necesidad y la proporcionalidad de las medidas fueron, en suma, los argumentos argüidos por el TC para inadmitir el amparo, lo que parecía anticipar claramente un juicio positivo sobre la constitucionalidad de los decretos de alarma que acababan de ser impugnados. Y así, lo advirtió alguna doctrina⁴⁸.

⁴⁸ En este sentido, Cotino Hueso, L., «Las restricciones del derecho de reunión y manifestación bajo el Covid-19 (y la aparente constitucionalidad del decreto de alarma 463/2020 para el Tribunal

Catorce meses más tarde, sin embargo, tras la dimisión del primer ponente, el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, que no fue sustituido, y la designación como nuevo ponente del magistrado Pedro González-Trevijano, el Pleno del TC se pronunció, por seis votos frente a cinco, en un sentido bien distinto al del citado ATC 40/2020, porque, contra pronóstico, declaró inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, por vulnerar el derecho fundamental a circular libremente por todo el territorio nacional y el derecho a elegir libremente residencia (art. 19 CE) y anuló las expresiones “modificar, ampliar o” del apartado 6 de su artículo 10, en la redacción resultante del artículo único 2 del Real Decreto 465/2020, de 17 de abril, proclamando además, inopinadamente, que, en lugar del estado de alarma, debía haberse declarado el estado de excepción por concurrir, atendiendo a los efectos, sus supuestos habilitantes.

En su larga sentencia, el TC descartó la inconstitucionalidad de las restricciones de los derechos de reunión y manifestación, de las medidas de contención en el ámbito educativo y de las limitaciones de la actividad empresarial y de la asistencia a lugares de culto por considerarlas necesarias, adecuadas y proporcionadas (FFJJ 6, 8 y 10). Pero no hizo lo propio con las restricciones de la libertad de circulación por vías públicas. Al contrario. En el análisis de esta limitación, incurrió en un claro ejemplo de *overruling* al obviar su reiterada doctrina sobre la aplicación del test de proporcionalidad y el carácter relativo del contenido esencial de los derechos, una doctrina que no dudó en utilizar en el ATC 40/2020 para inadmitir el amparo solicitado⁴⁹. Desde la STC 11/1981, de 8 de abril, el TC había fiado el diagnóstico sobre la constitucionalidad o no de las medidas restrictivas de derechos al juicio de proporcionalidad, considerando que una injerencia justificada –por proporcional- respeta el contenido esencial del derecho y que, a la inversa, una considerada injustificada tras la ponderación, lo vulnera. Pero en la STC 148/2021 no obró así con la restricción prevista en el artículo 7 RD 463/2020 porque estimó que esa doctrina es aplicable a las limitaciones de los derechos en situaciones de normalidad, no bajo un estado excepcional. En este caso, el TC sostuvo que debía determinar en primer término si la restricción era una suspensión de derecho conforme al artículo 55 CE y que sólo después, de no serlo, es cuando procedería analizar su proporcionalidad. Pero no hubo lugar a ello, porque, tras afirmar que toda suspensión es una limitación o restricción especialmente cualificada, y no una categoría distinta a la limitación, la mayoría del TC concluyó que la restricción de la libertad de circulación, aunque temporal y con las excepciones previstas en el artículo 7 RD, supuso “una limitación especialmente intensa” hasta el punto de “vaciar de hecho” o suprimir *a radice* dicha libertad para todas las personas y por cualquier medio en una suerte de suspensión que la CE solo permite dictar bajo el estado de excepción, pero no bajo el estado de alarma. “A menos que quiera despojarse de su significado sustantivo el

Constitucional)», en Rodríguez Ayuso, J. F. y Atienza Macías, E. (dirs.) *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 29-53 y Fernández de Casadevante Mayordomo, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», cit., p. 79. Muy crítico, Arnaldo Alcubilla atribuyó el fallo a criterios de oportunidad o de coyuntura que desdibujan el contenido esencial del derecho hasta hacerlo irreconocible. Cfr. «*Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio*. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», *Diario La Ley*, n.º 9637, 21.05.2020. También críticamente, Bilbao Ubillos, J. M.^a, «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, cit., pp. 289-293 y Presno Linera, M., «El estado de alarma en crisis», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 111, 2021, pp. 181-184.

⁴⁹ Fernández de Casadevante Mayordomo, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», cit., pp. 75-76.

término suspensión [...] y dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente [...] la noción misma de suspensión utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma Fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter ‘meramente’ restrictivo, y no suspensivo” (FJ 5). Y no solo la libertad de circulación resultó vulnerada según la mayoría, sino también la libertad de residencia, al constreñir esta al lugar que tuviera dicho carácter en el momento de entrada en vigor del RD 463/2020. Y el derecho a mantener reuniones privadas, incluso en la esfera doméstica, que experimentó una “amputación” material.

La identificación entre “restricción intensa” y suspensión de derechos permitió al TC eludir la aplicación del juicio de proporcionalidad. Y, aunque en el fundamento jurídico 11 admitió que la restricción de la libertad de circulación era una medida necesaria y adecuada, no extrajo de ahí la conclusión que de ello deriva: el reconocimiento de que tal medida era proporcional y no constituía una suspensión, sino una injerencia justificada en el contenido esencial del derecho, como sostuvieron los magistrados discrepantes en sus votos particulares⁵⁰. Al actuar de este modo, el TC renunció a distinguir conceptualmente entre limitación y suspensión y, “en un ejercicio de voluntarismo cargado de subjetividad”, en palabras de la magistrada Balaguer Callejón, optó por una noción sustantiva y gradualista de suspensión que no puede sino generar inseguridad jurídica al hacerla depender de “la intensidad” de la restricción del derecho. No debiera haber sido así. «[...] lo que diferencia a ambas categorías –en opinión del magistrado Conde-Pumpido Tourón que compartimos- es la sustitución del régimen de garantías al que se someten las limitaciones de un concreto derecho y no el grado de intensidad o la generalidad de estas». La suspensión y la limitación son categorías jurídicas distintas: «la primera, en los estados de excepción y sitio, produciría que el derecho fundamental suspendido pierda eficacia temporalmente y sea sustituida por la ordenación dispuesta por la concreta Ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE; la segunda, para el estado de alarma, produciría que el contenido del derecho fundamental restringido quede con carácter general disminuido, incluso de modo drástico, por el Real Decreto de declaración de dicho estado, pero sin que desaparezcan algunas de las garantías constitucionales de aquel contenido como es la del sometimiento de tal restricción al cumplimiento del principio de proporcionalidad»⁵¹. Y esto es, a nuestro juicio, lo que ocurrió con la libertad de circulación, cuya restricción no fue absoluta porque el artículo 7 RD 463/2020 contempló numerosas excepciones que justificaban las salidas del domicilio, entre las que se incluía, a modo de cláusula abierta, “cualquier otra actividad de análoga naturaleza” a las citadas. Ello permitió a los tribunales llevar a cabo un juicio de ponderación con el que determinar si la movilidad de una persona vulneraba la prohibición de circular o suponía legítimo

⁵⁰ Formularon votos particulares discrepantes el presidente del Tribunal, Juan José González Rivas, y los magistrados Andrés Ollero Tassara, M.ª Luisa Balaguer Callejón, Cándido Conde-Pumpido Tourón y Juan Antonio Xiol Ríos.

⁵¹ «[...] el canon establecido [por ésta] –continúa Conde-Pumpido Tourón- solo puede generar una intensa inseguridad jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión»; «tal concepción, aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación»; «no da certeza alguna [...] y se convierte en instrumental para permitir que este tribunal tenga una mayor discrecionalidad para considerar que algunas de las medidas en su día adoptadas [...] fueron inconstitucionales».

ejercicio del derecho, lo que en ningún caso habría sido posible si la libertad de circulación hubiera sido suspendida⁵².

El TC también anuló el apoderamiento conferido al ministro de Sanidad para modificar o ampliar las restricciones a la libertad de empresa en el apartado 6 del artículo 10 del RD 463/2020, introducido por el Real Decreto 465/2020, porque permitía reducir los márgenes en que dicha libertad se mantenía en los apartados 1, 3 y 4 del citado artículo, modificándolos, lo que sólo puede hacer el Gobierno dando cuenta inmediatamente al Congreso de los Diputados. Ésa era, a nuestro juicio, la causa de su inconstitucionalidad. No lo era, en cambio, el argumento que el TC adujo *a fortiori*, porque el precepto impugnado no permitió al Gobierno soslayar “la debida información a los representantes de la ciudadanía sobre el alcance de la alarma constitucional”, ni malogró el control parlamentario (FJ 9). En absoluto. El Congreso mantuvo incólume su facultad para recabar la información y la documentación pertinente, garantizada por los artículos 8.1 LOAES y 162.1 RC, y para ejercer el control parlamentario, como así hizo en las sesiones plenarias de 18 y 25 de marzo, en las que presidente del Gobierno dio cuenta de la declaración y solicitó la primera prórroga, respectivamente, y en la comisión de Sanidad y Consumo, en la que compareció el ministro los días 26 de marzo y 2 de abril, hasta que dicho apoderamiento fue expresamente incorporado por el Congreso con ocasión de la tercera prórroga del estado de alarma.

El TC podía haber concluido ahí, pero, lejos de hacerlo, en el fundamento jurídico 11 se adentró en unas consideraciones que excedieron el ejercicio de su función nomofiláctica al actuar como legislador positivo y convertir la pandemia y sus efectos en un supuesto habilitador del estado de excepción. Y es que, aduciendo su condición de intérprete supremo que le permite leer la CE a la luz de los problemas contemporáneos (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9), el TC realizó –usando sus palabras- una exégesis “integradora” y “evolutiva” de los estados de alarma y de excepción, según la cual, aunque la causa primera de la perturbación fuera una epidemia [lo que sin duda justifica el recurso al estado de alarma *ex art.* 4.b) LOEAS], la situación que el poder público afrontó se ajustaba también a los efectos perturbadores del orden público que justifican la declaración de un estado de excepción, porque cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza tales dimensiones “puede decirse –afirma el TC en un insólito brinco argumental- que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa”. Unos efectos que habrían justificado, a su juicio, la declaración del estado de excepción atendiendo a las circunstancias existentes y no a la naturaleza de la emergencia.

El TC había sostenido al inicio de la sentencia que su labor consistía nada más que en analizar la constitucionalidad de las medidas impugnadas (FJ 3), pero acabó reescribiendo los supuestos de hecho del estado de excepción, un extremo sobre el que no había sido interpelado y sobre el que existe una reserva constitucional en favor del legislador. El TC sostiene que “la Constitución no perfila en particular la distinción sustancial entre estado de alarma y estado de excepción más allá de permitir, en su artículo 55.1, la suspensión de ciertos derechos en este último” (FJ 11). Pero el constituyente dio suficientes pistas de lo que pretendía con uno y otro. Y el legislador

⁵² En este sentido, Arroyo Gil, A., «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», cit., pp. 104-105; Revenga Sánchez, M. y López Ulla, J. M., «El dilema limitación/suspensión de derechos y otras “distorsiones” al hilo de la pandemia», cit., pp. 220-222, y Carrillo López, M., «Nota acerca de las garantías de los derechos y el estado de alarma en una sentencia desacertada», en Jareño Leal, Á. *et alii* (coords.), *Las garantías penales: Un homenaje a Javier Boix Reig*, Iustel, 2021, Madrid, pp. 99-105.

determinó con claridad en la LOAES los escenarios y supuestos en los que cabe declarar uno u otro estado. Sus preceptos, como ha subrayado la STC 183/2021, de 27 de octubre (FJ 3B), son parámetro y canon de constitucionalidad. No cabe ignorarlos. Aunque es lo que ha hecho a la postre el TC al obviar el tenor de los supuestos habilitantes de cada estado, diluir su distinción causal y transformar una epidemia en una crisis de orden público justificativa de un estado de excepción. No debería haber actuado así. La pandemia y las medidas restrictivas adoptadas para combatirla no provocaron desórdenes públicos, ni desestabilizaron las instituciones, ni paralizaron los servicios públicos esenciales para la comunidad⁵³. La naturaleza de la amenaza fue distinta y el artículo 4 LOAES la prevé expresamente. El Gobierno adoptó medidas al límite, pero no erró al declarar el estado de alarma. Y tampoco lo hizo el Congreso al prorrogarlo hasta en seis ocasiones, porque las crisis sanitarias y epidemias son, en tanto la LOAES siga vigente y no deriven en graves crisis de orden público, los presupuestos habilitantes de dicho estado⁵⁴. La declaración del estado de excepción –que ningún diputado reclamó– habría vulnerado el bloque de la constitucionalidad del que la LOAES es parte, no habría podido ser prorrogado más allá de treinta días y habría sido igualmente recurrido ante el TC. Con mayor ahínco si cabe, por sus connotaciones represivas y sus efectos. No nos llamemos a engaño. Y muy posiblemente, también habría sido declarado inconstitucional.

5.2. La STC 183/2021, de 27 de octubre: la declaración de inconstitucionalidad de la prórroga y de la delegación de autoridad en los presidentes de las CC.AA. y

⁵³ Entre las críticas doctrinales al fallo, coincidentes con los argumentos de los votos particulares, cabe citar a De la Quadra-Salcedo, T. «Rompiendo el consenso constitucional». *El País*, 22 de julio de 2021; García Roca, J. «Una controvertida decisión». *El País*, 27 de julio de 2021; Carmona Contreras, A. «El Tribunal Constitucional y sus circunstancias». *Agenda Pública*, 26 de julio de 2021 (disponible en: <https://agendapublica.es/el-tribunal-constitucional-y-sus-circunstancias/>); y Ridao Martín, J. «La Sentència del Tribunal Constitucional del 14 de juliol de 2021 sobre la declaració i pròrroga del primer estat d'alarma durant la crisi sanitària de la COVID-19». En *Blog de la Revista catalana de dret públic*, 29 de juliol de 2021 (<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/07/29/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-del-14-de-juliol-de-2021-sobre-la-declaracio-i-prorroga-del-primer-estat-dalarma-durant-la-crisi-sanitaria-de-la-covid-19-joan-ridao/>). También, Álvarez García, V. «Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 14 de octubre de 2021, pp. 8-10 disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/Iustel_1215616.pdf; Presno Linera, M., «El estado de alarma en crisis», cit. pp. 167-169; Arroyo Gil, A., «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», cit., pp. 104-106; Carrillo López, M., «Nota acerca de las garantías de los derechos y el estado de alarma en una sentencia desafortunada», cit., 2021, págs. 99-105; Carmona Cuenca, E., «Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n.º 112, 2021, pp. 37-39; Enériz Olaechea, F. J., «Algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional del Estado de Alarma», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 9, 2021; Lozano Cutanda, B. y De Blas Galbete, A., «Alcance y efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto del Estado de Alarma», *Diario La Ley*, n.º 9901, 2021, y Doménech Pascual, G., «La doctrina Humpty Dumpty del concepto de suspensión de derechos», *Almacén de Derecho*, 15 de noviembre de 2021. <https://almacenederecho.org/la-doctrina-humpty-dumpty-del-concepto-de-suspension-de-derechos>

A favor del fallo, se ha pronunciado, en cambio, Aragón Reyes, M., «El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia del estado de alarma», *El País*, 4 de agosto de 2021, y Sieira Mucientes, S., «Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente. ¿Mutación o reforma constitucional?», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021, pp. 480-481. Sánchez Ferriz, R., «Reflexiones en torno a la STC 148/2021, de 14 de julio, sobre algunas medidas adoptadas en el estado de alarma», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º. 80, 2021, págs. 7-34.

⁵⁴ De ahí que el TC afirme que “sería necesaria una reforma normativa de alcance a fin de admitir las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos de hecho habilitadores para una declaración del estado de excepción” (FJ 11).

ciudades autónomas durante el segundo estado de alarma de ámbito nacional, o cómo salvar al Congreso de los Diputados de sí mismo.

El 6 de noviembre de 2020, 51 diputados del Grupo Parlamentario de Vox interpusieron un nuevo recurso de inconstitucionalidad, en esta ocasión contra los artículos 2 (apartados 2 y 3); 5; 6; 7; 8; 9; 10 y 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, contra los artículos 2, 4 y 5 de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordenó la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga y contra el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera, apartados uno, dos y tres, del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, de prórroga de dicho estado de alarma⁵⁵. El recurso fue admitido a trámite por el Pleno del TC, celebrado telemáticamente el 17 de noviembre de 2020.

Casi un año más tarde, la STC 183/1981, de 27 de octubre, descartó la inconstitucionalidad de la prohibición de circular por vías públicas en horario nocturno y de las limitaciones de entrada y salida de personas en CCAA y ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores y de la permanencia de grupos de personas en lugares privados y públicos al encajar en abstracto en el artículo 11 LOAES y superar el test de proporcionalidad, un test que en esta ocasión sí aplicó, considerando las medidas adecuadas, necesarias y proporcionadas “a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y de interés general como era el de la preservación de la vida” (FFJJ 4, 5 y 6)⁵⁶. Y también rechazó la pretensión de nulidad de la limitación de permanencia de personas en lugares de culto, porque, al no establecerse pautas de cuantificación ni porcentajes máximos de asistencia, el TC consideró que la norma cuestionable en su caso sería la que, en uso de habilitación conferida a las autoridades delegadas, estableciera los aforos máximos para su ámbito territorial (FJ 7).

Salvada la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos, el orden lógico de análisis exigía, como subrayó el magistrado Xiol Ríos en su voto particular, resolver primeramente la procedencia de la delegación de autoridad en los presidentes

⁵⁵ Simultáneamente, la diputada del mismo Grupo Parlamentario, Macarena Olona Choclán, presentó un recurso de amparo por la vía del artículo 42 LOTC contra el artículo 2 de la Resolución de 29 de octubre, del Congreso de los Diputados, que ordenó la publicación de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma y contra el artículo 2 del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que la formalizó por supuesta vulneración de su derecho de participación política e, indirectamente, del derecho de participación de los ciudadanos a través de sus representantes. El recurso fue inadmitido por la Sección Primera de la Sala Primera del TC mediante providencia de 11 de diciembre de 2020 porque ni el acuerdo parlamentario ni el decreto de prórroga son recurribles por esta vía.

⁵⁶ En lugar de preguntarse si el «toque de queda» suponía una restricción de derechos de carácter general y altísima intensidad, como hizo en su anterior sentencia, en esta ocasión el TC se limitó a advertir la «diferencia notable» entre el confinamiento domiciliario del primer estado de alarma y el establecido durante el segundo. Y de esa diferencia extrajo directamente la conclusión de que el confinamiento nocturno no suspendió la libertad de circulación, sin mayor razonamiento. Como ha subrayado Doménech Pascual, este atajo es manifiestamente incoherente con la STC 148/2021, porque la diferencia entre ambas medidas no quita que pueda considerarse que las dos restringieron intensamente el derecho a la libertad de circulación y, por ende, que lo suspendieron. Y lo mismo cabe decir de su análisis de los cierres o confinamientos perimetrales. En suma, la «altísima intensidad» de la restricción como criterio definidor del concepto de suspensión, auténtico leitmotiv de la STC 148/2021, desapareció de la STC 183/2021. Y en su lugar, el TC recuperó “fórmulas y técnicas” de contraste que tres meses antes había considerado inadecuadas en situaciones de excepción, como la aplicación del test de proporcionalidad y el carácter relativo del contenido esencial de los derechos. Cfr. «La doctrina Humpty Dumpty del concepto de suspensión de derechos», cit.

autonómicos realizada en la declaración del estado y sólo después, la procedencia de su prórroga. Pero el TC invirtió la secuencia, analizando y declarando en primer término la inconstitucionalidad del acuerdo de autorización de la prórroga y del decreto que la formalizó antes de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la delegación de autoridad contenida desde el principio en el decreto de declaración.

El TC declaró, en efecto, inconstitucional la larga prórroga del estado de alarma, aunque no por su duración en sí, sino por su “carácter no razonable o infundado” ya que –a juicio de la mayoría– “se realizó de un modo inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización y sin coherencia alguna con las razones que el Gobierno hizo valer”. Frente a quienes en la doctrina sostuvieron que la prórroga del estado de alarma debía tener idéntico plazo que la declaración⁵⁷, el TC subrayó que ni la CE ni la LOAES han establecido expresamente un plazo taxativo de duración, de tal manera que el Congreso de los Diputados puede, por sí o en atención a lo que interese el Gobierno, establecerlo discrecionalmente (FJ 8 D). Dado que el artículo 1.2 LOAES señala que la duración de los estados debe ser la estrictamente indispensable y su aplicación realizarse de forma proporcionada, el TC podía haber aplicado a la prórroga el test de proporcionalidad, pero rechazó hacerlo considerando que no existían en el caso de la prórroga bienes y derechos en tensión recíproca y que, en lugar de la proporcionalidad de su duración, lo que procedía analizar era su “razonable adecuación a las circunstancias del caso concreto”, comprobando a tal efecto el “razonamiento” llevado a cabo por el Congreso para conceder la autorización.

Ni la CE ni la LOAES exigen, sin embargo, al Congreso de los Diputados razonamientos o justificaciones especiales para determinar el alcance y las condiciones de la prórroga, por lo que sorprende que el TC exija al Congreso justificar la necesidad de la prórroga, la duración imprescindible, la correspondencia entre las medidas y el período de duración y hasta la “prudencia” –canon este insólito en la jurisprudencia constitucional– a la hora de mantener el control parlamentario sobre el Gobierno. En su acuerdo de autorización, la Cámara había hecho suyas las razones esgrimidas por el Gobierno, que se debatieron durante horas. A juicio del TC, sin embargo, el Congreso debía haber razonado mucho más y, al no hacerlo, acordó la duración de la prórroga “sin fundamento discernible y en detrimento, por ello, de la irrenunciable potestad constitucional del Congreso de los Diputados para decidir en el curso de la emergencia [...] sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma”. Pero es que eso es precisamente lo que hizo el Congreso de los Diputados: decidir en el curso de la emergencia, a solicitud del Gobierno, sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma, en ejercicio de sus facultades constitucionales y con plena autonomía para

⁵⁷ A. Ruiz Robledo sostuvo que la prórroga debía tener la misma duración que la declaración, tanto por analogía con el estado de excepción como por la aplicación de los principios generales del Derecho procesal, donde ninguna norma prevé una prórroga superior al plazo original. Cfr. «El estado de alarma: donde quiere el gobernante». *El País*, 6 de noviembre de 2020. Por su parte, Aragón Reyes consideró «una exigencia constitucional ineludible» que la duración de la prórroga fuera de quince días por la literalidad del art. 116.2 CE, en cuanto que la expresión «dicho plazo» referida a la prórroga no puede estar referida más que al plazo fijado para la declaración, pero también porque prorrogar dicho plazo significa «repetirlo» y no «ampliarlo» y porque la finalidad del precepto es la de asegurar la intervención del Congreso autorizando la prórroga, con el objeto de que ejerza su control. «Garantía —concluye el autor— que no puede quedar a la libre disposición de la mayoría de la Cámara, entre otras razones porque entonces se hurtaría a la minoría su derecho al ejercicio del control parlamentario, y a la opinión pública el conocimiento del debate que, sobre la prórroga, en la Cámara habrá de realizarse». Cfr. «Epílogo», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, cit., p. 3.

hacerlo. El Congreso no renunció a potestad alguna al autorizar la prórroga, ni resultó privado por ello de sus instrumentos ordinarios y extraordinarios de fiscalización, como subrayaron los votos particulares⁵⁸. El TC no tenía por qué salvar al Congreso de sí mismo, limitando, paradójicamente, las capacidades decisorias de la Cámara que la CE y la LOAES le atribuyen en punto a la definición de la duración y las condiciones de la prórroga.

El TC declaró, asimismo, la inconstitucionalidad de la delegación de autoridad realizada en los presidentes de las CCAA y de las ciudades dotadas de estatuto de autonomía por contravenir la literalidad del artículo 7 LOAES y porque el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad, no estableció “los criterios e instrucciones generales que debía seguir el delegado para la aplicación de las medidas; para el control que haya que hacer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado”, lo que canceló “el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso bajo el estado de alarma” (FJ 10 D).

En relación con la primera de las razones, llama la atención que el TC aduzca ahora la literalidad de un precepto de la LOAES como causa de inconstitucionalidad, cuando en la STC 148/2021 optó, precisamente, por una interpretación evolutiva alejada de la literalidad de los supuestos previstos para cada estado, apostando por los efectos en lugar de por las causas para determinar la procedencia de un estado u otro. Y llama la atención porque, si hay un precepto de la LOAES precisado de una interpretación evolutiva e integradora, no originalista ni literal, es precisamente el artículo 7, puesto que, cuando la LOAES se aprobó, el Estado autonómico no existía y, desde luego, se desconocía por completo el desarrollo y la dimensión que cuarenta años más tarde ha alcanzado la descentralización del poder. El artículo 7 LOAES no impide, además, la designación *in genere* de los presidentes de las CCAA y de las ciudades con estatuto de autonomía como autoridades delegadas. El precepto prevé la delegación en el presidente de una comunidad cuando la declaración afecte a todo o parte de su territorio, pero no excluye en absoluto que la delegación pueda extenderse a todos si todos los territorios se ven afectados por la emergencia, máxime teniendo en cuenta que la gestión sanitaria es competencia de las CCAA. La LOAES no impone un modelo de gestión centralizada del estado de alarma. Al contrario, a diferencia de los estados de excepción y de sitio, prevé su posible descentralización, por lo que cabía realizar una interpretación más flexible y ajustada a la actual organización territorial del artículo 7 LOAES, en el sentido de que permite la delegación en los presidentes de las CCAA tanto si el ámbito territorial de la emergencia se limita a una comunidad cuanto si la emergencia afecta a varias, o a todas, y por las mismas razones que llevaron al legislador a introducir dicha previsión⁵⁹.

Como segundo argumento de inconstitucionalidad, el TC adujo que la delegación acordada no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza, en el que deben fijarse los criterios o instrucciones generales a seguir por el delegado y la eventual

⁵⁸ La STC 183/2021 se adoptó por seis votos contra cuatro y contó con los votos particulares discrepantes del presidente, Juan José González Rivas, y de los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón.

⁵⁹ Como subrayó J. Porres Azcona, “si son las CCAA quienes disponen, a través de sus órganos propios, de los elementos de conocimiento de la situación y de la capacidad de movilizar recursos, el normal funcionamiento de los servicios a fin de restablecer la tranquilidad ciudadana requiere que sean las autoridades comunitarias quienes actúen en el campo de unas competencias que, además, en situación de normalidad son gestionadas y dirigidas por ellas mismas”. Cfr. “La decisión sobre poderes excepcionales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 6, 1983, p. 61.

avocación de la delegación. Debido a ello, el Congreso de los Diputados “quedó privado primero [tras la declaración], y se desapoderó después [con la prórroga], de su potestad, ni suprimible ni renunciable, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOAES)”, porque, a juicio del TC, quien podía ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras, y quienes fueron apoderados en su lugar no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de sus asambleas legislativas. Pero ello, no constituye, a la postre, sino un juicio material o de oportunidad política por parte del TC. Un juicio que no es sostenible *jurídicamente*, porque el Gobierno siguió sujeto como autoridad delegante al control de la Cámara y las autoridades delegadas quedaron sometidas a las previsiones contenidas en los decretos de declaración y de prórroga, en los que el Gobierno primero y el Congreso después establecieron las medidas a adoptar: la prohibición de circular en una franja horaria nocturna, de aplicación inmediata en todo el territorio, y las limitaciones de entrada y salida en las CCAA y ámbitos inferiores, de reuniones de más de seis personas y de permanencia en lugares de culto, de aplicación por decisión de las autoridades delegadas pero imputable a la autoridad delegante. La delegación, como sostuvo el presidente González Rivas en su voto particular, no privó ni mermó la condición del Gobierno como autoridad competente, en tanto que este conservó intacta la posición de responsable último del ejercicio de las funciones extraordinarias previstas en el decreto de alarma. Y, en la medida que los decretos de las autoridades delegadas debían reputarse como si fueran adoptados por el delegante, esas decisiones continuaron sujetas a los controles propios de la autoridad delegante ante el Congreso, donde el Gobierno siguió rindiendo cuentas.

El TC también censuró la eficacia diferida y condicionada a la decisión de las autoridades delegadas de las limitaciones de derechos previstas en los artículos 6, 7 y 8 del RD 926/2020 y la habilitación que se les confirió para “modular, flexibilizar y suspender” la aplicación de dichas medidas, porque, con este marco habilitante, no cabía “certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional” (FJ 8 E). Sobre todo, aunque no lo expresó así el TC, teniendo en cuenta que los indicadores de referencia para aplicar, modular o suspender las restricciones no fueron fijados en los decretos de alarma. Sin duda, cabe criticar la oportunidad política de esta habilitación discrecional y las diferencias territoriales que generó, como he hecho *up supra*, pero, coincido con los votos particulares discrepantes, en que ni la eficacia diferida de las limitaciones de derechos, ni la habilitación para flexibilizarlas o suspenderlas a la vista de la desigual evolución de la pandemia pueden ser causa de inconstitucionalidad. El artículo 1.2 LOAES establece que las medidas a adoptar durante el estado de alarma “serán las estrictamente indispensables” y su aplicación “se realizará en forma proporcionada a las circunstancias”. Los decretos de declaración y de prórroga fijaron el marco de las limitaciones *posibles* a aplicar. Lo inconstitucional habría sido que las autoridades delegadas pudieran incrementar dichas limitaciones, pero no que fueran habilitadas para no aplicarlas, o para modularlas y graduarlas a la baja, porque ello es plenamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad que acabo de citar. Mucho más conforme que si *todas* las limitaciones se hubieran impuesto en *todos* los territorios y durante *toda* la prórroga con independencia de la diversa incidencia y evolución territorial de la pandemia.

La delegación de autoridad, la eficacia condicionada de las medidas y su eventual modulación a la baja se ajustaban a la realidad competencial de nuestro Estado

autonómico y a la naturaleza de la emergencia, que exigía una aplicación diferenciada por territorios y en el tiempo de las limitaciones de derechos, porque su gravedad no era la misma en cada CCAA, ni evolucionaba temporalmente de modo homogéneo. Comparto por ello, con los magistrados discrepantes, que el TC debería haber sido consciente de los límites intrínsecos de su función interpretativa y haber mostrado una mayor autocontención, porque cabía una interpretación del derecho constitucional de excepción adaptada al diseño actual del Estado autonómico y una concepción de las facultades extraordinarias del Gobierno y del Congreso de los Diputados más respetuosa con los márgenes de actuación que la CE y la LOAES les reconoce. Y también cabía – por no decir que era exigible- una interpretación jurisprudencial del derecho de excepción mucho más ajustada a la finalidad que perseguía su activación, que era preservar, ante una emergencia sin precedentes ni remedios conocidos, los derechos fundamentales a la vida e integridad física de los ciudadanos. Una finalidad, que ha tenido, en cambio, muy presente la jurisprudencia comparada y supranacional sobre el derecho de excepción dictada en el contexto de la crisis producida por la COVID-19.

6. Balance y reflexiones finales.

El alcance global de la emergencia provocada por la COVID-19 ha puesto a prueba la resistencia de los Estados de derecho. La severidad y la generalidad de las restricciones llevaron al límite sus marcos jurídico-constitucionales. Y mostraron las limitaciones e insuficiencias del derecho constitucional de excepción. Debido a ello, numerosos países europeos eludieron su activación y enfrentaron la pandemia mediante habilitaciones *ad hoc* o reformas improvisadas de su legislación ordinaria. España, al igual que otros estados europeos, optó, en cambio, por declarar el estado excepcional legalmente reservado para este tipo de emergencias, manteniendo sin alteraciones esenciales la división de poderes y las garantías constitucionales. Con los frenos y contrapesos previstos en el modelo de estados excepcionales. Pero el balance ha sido controvertido.

Nuestras leyes sanitarias permitían adoptar medidas restrictivas de derechos, pero no las limitaciones generalizadas e intensas que requería la emergencia. El artículo 3 LOMESP no había sido pensado para eso, ni ofrecía la suficiente seguridad jurídica. La declaración del estado de alarma garantizaba esa seguridad y posibilitaba la concentración de poder y la adopción de medidas extraordinarias. La pandemia constituía uno de los supuestos habilitantes de dicho estado. Y, aunque el confinamiento domiciliario que iba a imponerse no tenía fácil acomodo en su marco legal, el Gobierno tomó la decisión correcta al declararlo; al igual que lo hizo el Congreso de los Diputados al autorizar sus prórrogas, la primera de ellas con 321 votos a favor y sin votos en contra. Ningún diputado solicitó en aquellos críticos días la declaración del estado de excepción. Y ninguno la habría avalado: ni en marzo de 2020, ni mucho menos después, porque la emergencia no originó una grave crisis de orden público, ni precisaba la adopción de las medidas de naturaleza represiva previstas en los arts. 16 a 27 LOAES. La prohibición general de circular por vías públicas para evitar los contagios fue de las más severas de Europa, pero, a mi juicio, no suspendió la libertad de circulación porque el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 previó numerosas excepciones que permitían cierta movilidad, incluso bajo una fórmula abierta (“cualquier otra actividad de análoga naturaleza”); las garantías normativas y procesales del derecho se mantuvieron intactas y pudo impetrarse su tutela; y la restricción podía considerarse necesaria y proporcionada en el correspondiente juicio de ponderación de

derechos conforme a la doctrina del TC sobre el test de proporcionalidad y el carácter relativo del contenido esencial.

El primer estado de alarma supuso una acusada concentración de facultades en el Gobierno, pero ello no alteró la división horizontal del poder más allá del impacto de la pandemia y en la medida impuesta por el derecho de excepción. El presidente del Gobierno dio cuenta de la declaración del estado y compareció cada quince días ante el Pleno del Congreso para solicitar seis autorizaciones de prórroga. Tras la incertidumbre y la parálisis de las primeras semanas, se preservó el control parlamentario habilitando el voto telemático y una vía de control adicional mediante la comparecencia semanal del ministro de Sanidad ante la correspondiente comisión parlamentaria. Habilitadas las medidas procesales necesarias, se mantuvieron los controles jurisdiccionales sobre los decretos, órdenes ministeriales y actos administrativos de excepción, garantizándose el derecho a la tutela judicial efectiva. El apoderamiento extraordinario del Gobierno centralizó las principales decisiones en materia de salud pública hasta las últimas fases de la desescalada, pero no anuló las competencias autonómicas ni las relaciones de colaboración vertical. Y se potenció, como nunca antes, la coordinación e interlocución con las autoridades autonómicas a través de la conferencia de presidentes y del CISNS⁶⁰.

El segundo estado de alarma de ámbito nacional restringió menos severamente la libertad de circulación y otros derechos conexos. Salvo el confinamiento domiciliario en horario nocturno, impuesto con carácter general, las demás limitaciones de derechos quedaron condicionadas a su activación por los presidentes de las CCAA y de las ciudades con estatuto de autonomía, a quienes el Gobierno delegó la autoridad para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones que fueran necesarias y para modular, flexibilizar y suspender la aplicación de dichas limitaciones atendiendo a las circunstancias. La LOAES prevé delegar la autoridad en el presidente de una comunidad si la emergencia afecta a su territorio, lo que no excluye la delegación en todos los presidentes, o en varios, si todos los territorios, o varios, se ven afectados, y por las mismas razones que llevaron al legislador de 1981 a prever expresamente la antedicha delegación: que las CCAA son quienes ejercen las competencias afectadas y las que disponen de los medios necesarios para hacerlo. Esta gestión descentralizada fue solicitada por algunas CCAA y era más acorde con el desarrollo de nuestro Estado autonómico y con la naturaleza de la emergencia, cuya evolución e incidencia diferían tanto territorial como temporalmente. Y también era más respetuosa con el artículo 1.2 LOAES, que exige que la aplicación de las medidas excepcionales se realice en forma proporcionada a las circunstancias. La duración de la prórroga de los estados de alarma no está sometida legalmente a término. Corresponde al Congreso de los Diputados –y sólo a él– determinar su plazo, alcance y condiciones. Y así lo hizo cuando autorizó la prórroga durante seis meses, tras debatir durante horas y hacer suyas las razones aducidas por el Gobierno para prolongar el estado de alarma hasta el 10 de mayo de 2021. Con ello, no renunció ni jurídica ni políticamente a ninguna de sus facultades de control parlamentario. Y durante la prórroga, el Gobierno siguió siendo responsable ante el Congreso de la gestión de la pandemia y rindiendo cuentas como autoridad delegante de las decisiones adoptadas por las autoridades delegadas en las comparecencias del presidente del Gobierno, en las comparecencias del ministro –y

⁶⁰ García Roca, F. J., «El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus», cit., pp. 18 y 35, y Azpitarte Sánchez, M., «Coronavirus y derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2000», cit., p. 130.

después ministra- de Sanidad y a través de las preguntas e interpelaciones que se tramitaron en esos meses.

La justicia constitucional ha podido ejercer bajo ambos estados su función de garante de los derechos fundamentales tramitando los recursos de amparo que se le plantearon frente a las decisiones, resoluciones y actos adoptados a causa de la situación de excepción (v.gr. ATC 30/2020, de 30 de abril, y STC 168/2021, de 5 de octubre). Y ha podido revisar, también, las principales decisiones de los titulares del poder de excepción, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad que los diputados del grupo parlamentario de Vox interpusieron contras los decretos de declaración y de prórroga de ambos estados de alarma, lo que ha permitido al TC desempeñar, aunque con notable demora, la función nomofiláctica para la que fue creado a fin de garantizar la supremacía y normatividad de la CE. El TC ha cumplido su cometido, pero es difícil compartir el sentido de sus fallos, absolutamente insólito en el panorama comparado de la jurisprudencia constitucional relativa a la pandemia.

En la STC 107/1996, de 12 de junio, el TC distinguió entre los supuestos de colisión patente y manifiesta de una ley con la norma constitucional de aquellos otros en que prevalece la duda: en los primeros, afirmó, la justicia constitucional “está plenamente habilitada para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley”, en tanto que, en los segundos, “el TC no puede erigirse en juez absoluto de dicha dificultad, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación (SSTC 113/1994 y 179/1994)”. Los decretos de declaración y de prórroga de los estados de alarma son actos con fuerza de ley que pueden suspender o excepcionar la aplicación de determinadas leyes o disposiciones con rango de ley. Dictados por el Gobierno y autorizadas sus prórrogas por el Congreso, gozaban de presunción de constitucionalidad. Y la inconstitucionalidad que adujeron los recurrentes no era ni clara, ni inequívoca, por lo que el TC debía haber extremado su deber de *self-restraint* o de autocontención, especialmente ante decisiones extraordinarias tan reiteradamente avaladas por el legislativo, tan necesarias para contener los contagios y tan socialmente aceptadas como las que preveían ambos estados de alarma. En vez de eso, en la STC 148/2021, el TC realizó una discutible equiparación material entre restricción intensa y suspensión de derechos y, asumiendo la posición de legislador positivo, procedió a una redefinición gradualista de nuestros estados excepcionales, según la cual la declaración del estado de excepción pasa a depender de sus efectos independientemente de su causa. Abundando en su rigorismo, en la STC 183/2021 negó la interpretación conforme de la delegación de autoridad en los presidentes autonómicos que cabía realizar al amparo del propio artículo 7 LOAES y decidió salvar al Congreso de los Diputados de sí mismo, limitando el ejercicio de sus competencias constitucionales para determinar la duración, el alcance y las condiciones de las prórrogas del estado. Con ambos pronunciamientos, el TC incurrió -en palabras de la magistrada Balaguer Callejón, que comparto-, en una lectura “centralista del derecho de excepción, gradualista y basada en la construcción decisionista de un concepto, el de suspensión de los derechos fundamentales, que no se ajusta ni al desarrollo autonómico, ni al bloque de constitucionalidad conformado por los arts. 55 y 116 CE y por la LOAES, ni a la teoría de los límites de los derechos fundamentales que se deriva del derecho internacional de los derechos humanos”.

La declaración de inconstitucionalidad de los decretos de declaración y de prórroga de ambos estados ha dado lugar a la anulación de todas las sanciones impuestas por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, las policías autonómicas y

las policías locales por violar los confinamientos domiciliarios o perimetrales y poner en riesgo la salud pública y, aunque el TC quiso limitar los efectos de sus fallos, previsiblemente se generará responsabilidad patrimonial de la Administración a resultas de las decenas de demandas interpuestas contra las restricciones de la libertad de empresa adoptadas al amparo de los decretos declarados inconstitucionales. Lo peor, con todo, es que, tras estos pronunciamientos, el estado de alarma ha perdido en gran medida su objeto debido a una doble *mutación interpretativa* casi simultánea en el tiempo: la llevada a cabo por el TS al considerar que el artículo 3 LOMESP autoriza a las autoridades a establecer limitaciones generalizadas de derechos, aunque afecten a “elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión” (STS 788/2021, de 3 de junio), y la realizada por el TC, según la cual el estado de alarma no es el instrumento excepcional adecuado para adoptar restricciones de “altísima intensidad” de los derechos y libertades, debiendo declararse en su lugar el estado de excepción (STC 148/2021, de 14 de junio). Así las cosas, el estado de alarma ha sido privado de su funcionalidad y ha pasado a ser un *flatus vocis*; un enunciado vacío entre el “derecho legal de necesidad” y la interpretación expansiva que el TC ha dado al estado de excepción.

Nuestro modelo de excepción ha mutado por la acción de sus máximos intérpretes jurisdiccionales y urge recomponer sus elementos de *lege ferenda*. Para salir de este impasse, el legislador debería redefinir la naturaleza y los supuestos de cada estado, incluir un nuevo elenco de medidas modulable en función de la gravedad y delimitar mejor su alcance, especialmente en punto a las restricciones de la libertad de circulación. Y debería regular, asimismo, el papel de los ejecutivos y las asambleas de las CCAA en los casos de gestión descentralizada de los estados y establecer una nueva vía sumaria y urgente de impugnación ante el TC para que el control de las declaraciones y prórrogas sea tempestivo, responsable y eficaz. Debemos ser conscientes, sin embargo, de las limitaciones de este esfuerzo normativo, porque, por más que se pretenda, no cabe tipificar lo imprevisible. La indeterminación y las lagunas del derecho de excepción seguirán siendo, por ello, inevitables. Como lo será también el recurso a los principios de necesidad y proporcionalidad para salvarlas cuando la excepción desborde su regulación, si es que queremos, realmente, que el estado de alarma vuelva a tener en España alguna utilidad.